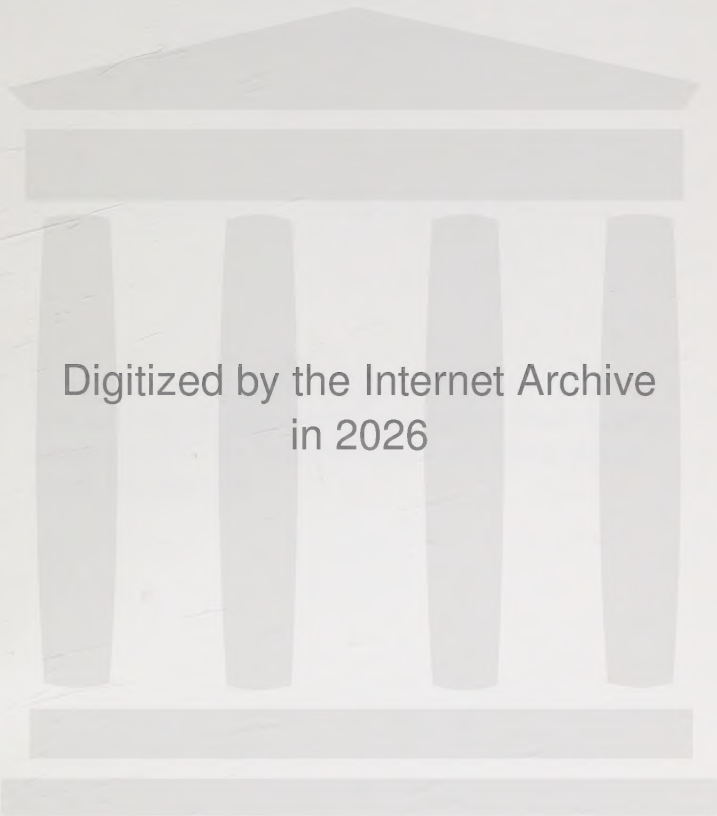


STRAFRECHTLICHE GRENZEN

ÄRZTLICHER THERAPIEFREIHEIT

ARVID SIEBERT

1902



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0006

Strafrechtliche Grenzen
ärztlicher Therapiefreiheit

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechts-
wissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Univer-
sität zu Münster

vorgelegt von Arvid Siebert
aus Bremen

1 9 8 2



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Stree
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Wessels
Dekan: Prof. Dr. Dr. Krawietz
Tag der mündlichen
Prüfung: 19.2.1982

M e i n e r F r a u

Inhaltsübersicht

	Seite
A) Einleitung	1
I) Bedeutung des Themas und sein Verhältnis zum Begriff des ärztlichen Kunstfehlers	1
1) Bedeutung des Themas	1
2) Bedeutung des Begriffes des ärztlichen Kunstfehlers	16
II) Abgrenzung des Themas	24
1) Grenzziehung zum medizinischen Experiment	24
2) Fehlende Notwendigkeit einer weiteren Differenzierung zwischen Heilbehandlung und Heilversuch im Rahmen der vorliegenden Arbeit	34
B) Stellungnahme der Rechtsprechung	36
C) Stellungnahme in der Literatur	51
D) Entwicklung einer eigenen Auffassung	56
I) Reichweite richterlicher Nachprüfbarkeit ärztlicher Entscheidungen	56
1) Ausgangspunkt: Wesen des ärztlichen Handelns	56
2) Erfordernis einer Differenzierung zwischen Wahl der Therapie und ihrer Ausführung	64
a) Spielraum bei Wahl der Behandlungsmethode	66
aa) Keine Bindung an Schulmedizin bzw. Stand der medizinischen Wissenschaft	68
bb) Keine Bindung an objektiv zu treffendes Wahrscheinlichkeitsurteil	75
cc) Reduzierung der Wahlfreiheit auf Null	81
dd) Notwendigkeit der Bejahung eines Spielraums	84
b) Kein Spielraum bei Ausführung der Behandlungsmethode	85

II) Überprüfbarkeit der fachspezifischen Therapiewahl des Arztes	93
1) Entwicklung von Prüfungskriterien	93
a) Ermessen des Arztes, Überprüfbarkeit nur auf Ermessensüberschreitung und Ermessens- fehlgebrauch	93
b) Vertretbarkeit der ärztlichen Entschei- dung, Pflichtwidrigkeit des Arztes nur bei unververtretbaren Maßnahmen	95
c) Beurteilungsspielraum für Arzt	97
aa) Vollständige Sachverhaltsermittlung durch behandelnden Arzt, umfassende Untersuchung	99
bb) Sachkunde des Arztes über angewandte Behandlungsmethode	108
(1) Vollständige Kenntnis der angewandten Be- handlungsmethode und sonst in Betracht kommender Behandlungsmethoden durch den Arzt	109
(2) Kein pflichtwidriges Unterlassen einer Überweisung, kein pflichtwidriges Unter- lassen der Heranziehung eines Konsiliarius	125
(3) Folgerichtigkeit der eingeschlagenen Me- thode, keine sich widersprechenden Behand- lungsentscheidungen	133
cc) Untauglichkeit der gewählten Behandlun- gsmethode	134
(1) Abweichung von Schulmedizin bzw. Stand der medizinischen Wissenschaft kein Kunstfehler	135
(2) Entwicklung eines eigenen Kunstfehler- begriffes	135
(a) Praktizierung von Schulmedizin lege artis - Vorwurf eines Kunstfehlers regelmäßig aus- geschlossen	135
(b) Kunstfehler bei der Praktizierung von Behandlungsmethoden, die von der Schul- medizin abweichen (Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen)	142

(aa) Heileffekt der von der Schulmedizin abweichenden Verfahren nicht ausgeschlossen bzw. nicht wissenschaftlich exakt widerlegbar	142
(bb) Anwendung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen nicht abhängig von sachlichem Grund	162
(cc) Abbruch der Behandlung bei Erfolglosigkeit	166
(dd) Erfordernis der Erprobung medizinischer Neulandbehandlungen	170
(ee) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen Ziel und Gefahren der praktizierten medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung	182
(ff) Überzeugung des Arztes vom Wert der medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung	191
(gg) Keine Sittenwidrigkeit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses	195
(3) Zusammenfassung zur Untauglichkeit der gewählten Behandlungsmethode	204
2) Abgrenzung der Lehre vom Beurteilungsspielraum von der Problematik der ärztlichen Aufklärungspflichten	205
a) Problematik der Qualifizierung einer Heilbehandlung ohne wirksame Einwilligung als Körperverletzung	206
b) Erstreckung der Aufklärungspflicht bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen auf Wahl der Behandlungsmethode und alternative Methoden der Schulmedizin	226
c) Bedeutung der nach umfassender Aufklärung erteilten Einwilligung des Patienten in die vom Arzt vorgeschlagene Behandlungsmethode	260
E) Zusammenfassung	265

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Ahnefeld, Bergmann, Burri, Dick, Halmágyi, Rügheimer
Notfallmedizin
Berlin, Heidelberg, New York 1976

Arbeitskreis Ärzte und Juristen
Stellungnahme zum Thema "ärztliche Kunstregeln"
und "ärztlicher Kunstfehler"
Der Krankenhausarzt 1975, 420

Ärztliche Aktionsgemeinschaft für Therapiefreiheit e.V.
Welche Wirkung eines Arzneimittels kann als gesichert
angesehen werden? - Stellungnahme zum Entwurf für ein
neues Arzneimittelgesetz
Berliner Ärzteblatt 1975, 21

Aschenbrenner, Reinhard
Umgang mit Arzneimitteln - mehr Sicherheit durch Gesetz
Deutsches Ärzteblatt 1975, 671

Bappert, Lieselotte
Arzt und Patient als Rechtssuchende
Reinbek bei Hamburg 1980

Barnikel, Wilhelm
Zur Haftung für Arzneimittelschäden
Deutsche medizinische Wochenschrift 1977, 139

Bauer, Horst
Grundrechtsschutz als Verfassungsgarantie.
Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG
Berlin 1973

Bauer, Karl Heinrich

Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in medizinischer Sicht

in Festschrift für Paul Bockelmann, S. 497ff

München 1979

Bauer, Karl Heinrich

Lehrbuch der Chirurgie

Berlin, Heidelberg, New York 1976

Bauer, Karl Heinrich

Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation aus der Sicht des Klinikers (unter besonderer Berücksichtigung der Krebsübertragung)

Der Chirurg 1967, 245

Bauer, Karl Heinrich

Krebstherapie als Rechtsfrage

NJW 1963, 369

Baur, Ulrich

Der ärztliche Kunstfehler

Der Krankenhausarzt 1975, 419

Beling, Ernst

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe

ZStW 44 (1924), 220

Berg, Steffen P.

Grundriß der Rechtsmedizin

11. Auflage, München 1976

Bichlmeier, Gerd

Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff

JZ 1980, 53

Blei, Hermann
Strafrecht I, Allgemeiner Teil

Bock, H.E.
Ärztliche Ethik am Krankenbett aus internistischer Sicht
in: Ärztliche Ethik, hrsgg. von Gross, Hilger, Kaufmann,
Scheurlen, S. 89
Stuttgart 1978

Bockelmann, Paul
Strafrecht des Arztes
Stuttgart 1968

Bockelmann, Paul
Krebstherapie als Rechtsfrage
NJW 1963, 380

Bockelmann, Paul
Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht
NJW 1961, 945

Bockelmann, Paul
Festschrift für Paul Bockelmann
München 1979

Bodenburg, Reinhard
Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grund-
aufklärung und Einschätzungsprärogative
NJW 1981, 601

Böth, Friedhelm
Das wissenschaftlich-medizinische Humanexperiment
NJW 1967, 1493

von Brandis, Cordt u. Pribilla, Otto

Arzt und Kunstfehlervorwurf - rechtliche Problematik
des sogenannten Kunstfehlerbegriffes

München 1973

Brandt, Dieter

die Grenzen der persönlichen ärztlichen Haftung

Diss. iur. Mainz 1965

Braunsteiner, H.

Krankheiten des Blutes

in: Lehrbuch der inneren Medizin, Band I, hrsgg.
von Helmut Dennig, S. 172ff

8. Auflage, Stuttgart 1969

Brendel, W.

Organtransplantation: Sackgasse oder Ausweg?

in: Grenzen der Medizin, hrsgg. von Michael Steinhäuser, S. 61

Heidelberg 1978

Brockhaus

Enzyklopädie Band 5 Dom-Ez

17. Auflage, Wiesbaden 1968

Brügmann, Walter

Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs
und Aufklärungspflicht des Arztes

NJW 1977, 1473

Bruns, Hans-Jürgen

Strafzumessungsrecht

2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1974

von Bubnoff, Eckhard

Rechtsfragen zur homologen Organtransplantation
aus der Sicht des Strafrechts

GA 1968, 65

Bundesärztekammer

Richtlinien für die Sterbehilfe

Deutsches Ärzteblatt 1979, 957

Carstens, Thomas

Das Recht der Organtransplantation

Frankfurt 1978

Dembicki, Leo

Arzt und Patient

Deutsches Ärzteblatt 1965, 313

Denninger, Erhard

Zur kassenärztlichen "Verschreibungsfähigkeit"
zugelassener Arzneimittel

NJW 1981, 619

Der Spiegel

Interferon: Hoffnung für Krebskranke

Jahrgang 1980, Heft 24, S. 212 des Nachrichtenmagazins

Deutsch, Erwin

Das therapeutische Privileg des Arztes:
Nichtaufklärung zugunsten des Patienten

NJW 1980, 1305

Deutsch, Erwin

Der Doppelblindversuch

-Rechtliche und ethische Zulässigkeit der klinischen
Forschung am Menschen -

JZ 1980, 289

Deutsch, Erwin

Medizin und Forschung vor Gericht
- Kunstfehler, Aufklärung und Experiment im
deutschen und amerikanischen Recht

Heidelberg, Karlsruhe 1978

Deutsch, Erwin

Das internationale Recht der experimentellen
Humanmedizin

NJW 1978, 570

Deutsch, Erwin

Typen des Arztverschuldens

Versicherungsrecht 1977, 101

Deutsch, Erwin

Medizinische Fahrlässigkeiten

NJW 1976, 2289

Dotzauer, Günter

Warum ist der Begriff "Kunstfehler" irreführend?

Deutsches Ärzteblatt 1976, 3025

Dreher-Tröndle

Strafgesetzbuch und Nebengesetze, bearbeitet von
Herbert Tröndle

39. Auflage, München 1980

Duden

Das Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke

2. Auflage, Stuttgart 1978

Ebermayer, Ludwig

Der Arzt im Recht, rechtliches Handbuch für Ärzte

Leipzig 1930

Ebermayer, Ludwig

Arzt und Patient in der Rechtsprechung

4. Auflage, Berlin 1925

Ebermayer, Ludwig

Die zivil- und strafrechtliche Haftung des Arztes
für Kunstfehler

Heft 4 der von J. Schwalbe hrsgg. Reihe:
Diagnostische und therapeutische Irrtümer und deren
Verhütung, innere Medizin

Leipzig 1918

Ehrhardt, Helmut

Euthanasie

in: Arzt und Recht, medizinisch-juristische Grenz-
probleme unserer Zeit, hrsgg. von Hans Göppinger, S. 96

München 1966

Elbel, Herbert u. Hagedorn, Manfred

Zum ärztlichen Ermessensspielraum bei der Heilbehand-
lung gemäß Strafgesetzbuchentwurf 1962

in: Aktuelle Rechtsprobleme, Festschrift für
Hubert Schorn zum 75. Geburtstag

Frankfurt am Main 1966

Engisch, Karl

Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht
in Festschrift für Paul Bockelmann, S. 519ff

München 1979

Engisch, Karl

Der Arzt an den Grenzen des Lebens

Bonn 1973

Engisch, Karl

Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht

in: Die Ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher
und ärztlicher Sicht von Karl Engisch u. Wilhelm
Hallermann

Köln, Berlin, Bonn, München 1970

Engisch, Karl

Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation

in: Fehler und Gefahren der chirurgischen Operationen,
Band II, hrsgg. von Rudolf Stich und Karl-Heinr. Bauer,
S. 1324

3. Auflage, Jena 1954

Engisch, Karl

Sprechsaal: Der Arzt im Strafrecht (Bemerkungen zu
dem gleichnamigen Buch von Eberhard Schmidt)

Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechts-
reform 30 (1939), 414

Engisch, Karl

Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung

ZStW 58 (1938), 1

Erdsiek, Gerhard

Umwelt und Recht

NJW 1959, 807

Erman

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band

6. Auflage, Münster 1975

Eser, Albin

Das Humanexperiment, Zu seiner Komplexität und
Legitimität

in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, S. 191

hrsgg. von Stree, Lencker, Cramer, Eser

München 1978

Fiebig, Udo

Anforderungen des Gesetzgebers an die Prüfrichtlinien
Deutsches Ärzteblatt 1978, 1265

Fieser, Axel

Das Strafrecht des Anaesthesisten
Diss. iur. München 1975

Fincke, Martin

Unterschiede
Deutsches Ärzteblatt 1979, 1337

Fincke, Martin

Strafrechtswidrige Methoden der klinischen Prüfung
Deutsches Ärzteblatt 1978, 2519

Fincke, Martin

Arzneimittelprüfung - Strafbare Versuchsmethoden
("Erlaubtes" Risiko bei eingeplantem fatalen Ausgang)
Karlsruhe 1977

Fincke, Martin

Strafbarkeit des "kontrollierten" Versuchs beim Wirk-
samkeitsnachweis neuer Arzneimittel
NJW 1977, 1094

Fischer, Gerfried

Medizinische Versuche am Menschen
Göttingen 1979

Fleischmann, Eugen

Die freien Berufe im Rechtsstaat
Berlin 1970

Forsthoff, Ernst

Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band,
Allgemeiner Teil

10. Auflage, München 1973

Freudenberg, Karl

Krebstherapie als Rechtsfrage

NJW 1963, 363

Friel, Hartmut

Ärztliche Kunstfehler - Sie nagen am Image

Arbeit und Sozialpolitik 1976, 320

Gaisbauer, Georg

Zur Haftung für ärztliche Kunstfehler

Die Versicherungspraxis 1976, 223

Gallwas, Hans-Ullrich

Zur Legitimation ärztlichen Handelns

NJW 1976, 1134

Gebauer, Heinrich

Zur Frage der Zulässigkeit ärztlicher Experimente
(Unter besonderer Berücksichtigung der für die
Heilbehandlung entwickelten Grundsätze)

Wien 1949

Geiger, Willi

Wie frei ist der Arzt

in: Freiheit und Verantwortung in Gesellschaft und
Erziehung, Festschrift für Erwin Stein zum 65. Ge-
burtstag

Bad Homburg v.d.H., Zürich 1969

Geilen, Gerd

Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht

Bielefeld 1963

Giesen, Dieter

Die zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen
Behandlungsmethoden und Experimenten

Bielefeld 1976

Goller, Fritz

Der einverständlich vorgenommene, sachgerechte aber
erfolglos gebliebene ärztliche Heileingriff

Diss. iur. München 1971

Grahlmann, Hans-Günter

Heilbehandlung und Heilversuch - Zur strafrechtlichen
Problematik von Neulandoperationen und experimentel-
len Heilmethoden

Stuttgart 1977

Gritschneder, Otto

Patient-Arzt-Versicherung, ein Rechtslexikon

Frankfurt, Berlin, Wien 1969

Groß, Rudolf

Notwendigkeit und Zulässigkeit der kontrollierten
klinischen Prüfung

- Ein Beitrag zum Arzneimittelgesetz und ein Schluß-
wort zur Artikelserie "Klinische Prüfung in der Dis-
kussion" -

Deutsches Ärzteblatt 1979, 1091

Groß/Schölmerich

Lehrbuch der inneren Medizin

5. Auflage, Stuttgart, New York 1977

Grünwald, Gerald

Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht
in: Arzt und Recht (medizinisch-juristische Grenz-
probleme unserer Zeit) S. 125
München 1966

Hackethal, Julius

Krankenhaus, Gegen ein patientenfeindliches Gesund-
heitssystem
Wien, Zürich, München, Innsbruck 1979

Hackethal, Julius

Keine Angst vor Krebs. Kronzeuge Prostatakrebs gegen
die schulmedizinische Rabi-Strategie bei Krebs
Eine wissenschaftliche Studie mit 30 Leitsätzen
Wien, Zürich, München, Innsbruck 1978

Hackethal, Julius

Sprechstunde. Fälle, Operationen, Ratschläge, Erfah-
rungen aus dem Gebiet der Chirurgie des Bewegungs-
systems
Wien, Zürich, München, Innsbruck 1978

Hackethal, Julius

Nachoperation. Noteingriff zur Korrektur eines
patientenfeindlichen Gesundheitssystems. Vorschlag
für ein Arztgelöb-
nis
Wien, Zürich, München, Innsbruck 1977

Hackethal, Julius

Auf Messers Schneide. Kunst und Fehler des Chirurgen
Hamburg 1976

Hagedorn, Manfred

Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung
bei Heilbehandlungen nach dem Strafgesetzbuch-Ent-
wurf 1962
Diss. med. Bonn 1964

Hagedorn, Manfred und Elbel, Herbert

Zum ärztlichen Ermessensspielraum bei der Heilbehandlung gemäß Strafgesetzbuchentwurf 1962

in: Aktuelle Rechtsprobleme, Festschrift für Hubert Schorn zum 75. Geburtstag

Frankfurt am Main 1966

Hallermann, Wilhelm

Die ärztliche Aufklärungspflicht aus medizinischer Sicht

in: Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht von Karl Engisch und Wilhelm Hallermann

Köln, Berlin, Bonn, München 1970

Hammans, Hugo

Wirksamkeitsnachweis nach dem neuen Arzneimittelgesetz:
Zur Absicht des Gesetzgebers

Deutsches Ärzteblatt 1978, 2608

Händel, Konrad

Rechtslage bei der Behandlung unruhiger, nicht ansprechbarer Patienten

Medizinische Klinik 66 (1971), 1355

Händel, Konrad

Mitteilung über die Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin

NJW 1970, 1961

Hansen, Gerhard

Ärztliche Probleme an der Grenze von Leben und Tod

in: Aktuelle Fragen der gerichtlichen Medizin (III), hrsgg. von Wolfgang Dürwald, S. 11

Halle (Saale) 1968

Hardwig, Werner

Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes

GA 1965, 161

Hasskarl, Horst

Wirksamkeit und klinische Prüfung -

- Ergebnisse einer Auseinandersetzung

Deutsches Ärzteblatt 1979, 161

Hasskarl, Horst

Rechtliche Zulässigkeit der klinischen Prüfung

Deutsches Ärzteblatt 1978, 1087, 1150

Hayler, Bernd

Wandlungen in der strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher Heilbehandlung (Zugleich ein Vorschlag zur Neufassung von § 161 und § 162 der Entwürfe eines Strafgesetzbuches 1960 und 1962)

Diss. iur. Köln 1964

Henninger, Michael-Peter

Todesdefinitionen und Organtransplantationen im Recht

Diss. iur. Würzburg 1972

Hensel, Herbert und Kienle, Gerhard

Unordnung statt Neuordnung

Deutsches Ärzteblatt 1977, 1817

Herken, Hans und Kewitz, Helmut

Der Wirksamkeitsnachweis für Arzneimittel -
Basis jeder rationalen Therapie

Deutsches Ärzteblatt 1977, 2235

Hinderer, Hans

Die Aufgaben des Arztes in ihrer Bedeutung für
die Differenzierung der Aufklärungs- und der
Schweigepflicht

in: Ärztliche Aufklärungs- und Schweigepflicht,
hrsgg. von Helmut Kraatz und Hans Szewczyk, S. 63

Jena 1967

Hollmann, Angela und Hollmann, Matthias

Parenterale Arzneimittellapplikation
Injektionen, Infusionen durch medizinisches Assistenz-
personal

Deutsches Ärzteblatt 1980, 369

Horn, Eckhard

Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patien-
ten verlangte ärztliche Eingriff - strafbar?

Urteilsanmerkung zu BGH NJW 1978, 1206

JuS 1979, 29

Hruschka, Joachim

Urteilsanmerkung zu BGH NJW 1978, 1206

JR 1978, 119

Huhnstock/Kutscha

Diagnose und Therapie in der Praxis

4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1976

Isele, Hellmut Georg

Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes

in: Armand Mergen, Die juristische Problematik in
der Medizin, Band III: Die Verantwortung des Arztes,
S. 11

München 1971

Issels, Josef

Schon heute könnten mehr Kranke geheilt werden

Welt am Sonntag Nr. 7 vom 17. Februar 1980, Seite 10

Jakobs, Günther

Literaturbericht zu Hans-Günter Grahlmann, Heilbehandlung und Heilversuch, Stuttgart 1977

ZStW 91 (1979), 642

Jakobs, Günther

Literaturbericht zu Martin Fincke, Arzneimittelprüfung. Strafbare Versuchsmethoden. Karlsruhe 1977

ZStW 91 (1979), 649

Jaromir, Stepán

Der ärztliche Kunstfehler und die Grenzen des zulässigen Risikos

in: Aktuelle Fragen der gerichtlichen Medizin (III), hrsgg. von Wolfgang Dürwald

Halle (Saale) 1968

Jauernig

BGB, Kommentar, hrsgg. von Othmar Jauernig

1. Auflage, München 1979

Jescheck, Hans-Heinrich

Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil

3. Auflage, Berlin 1978

Kahl, Wilhelm

Der Arzt im Strafrecht

ZStW 29 (1909), 351

Kaiser, Günther

Künstliche Insemination und Transplantation
(Juristische und rechtspolitische Probleme)

in: Arzt und Recht, medizinisch-juristische Grenz-
probleme unserer Zeit, hrsgg. von Hans Göppinger, S. 58
München 1966

Kallfelz, Walter

Erwiderung zu König JW 1938, 345

JW 1938, 347

Kallfelz, Walter

Anmerkung zu RG JW 1937, 3087 Nr. 14

JW 1937, 3090

Kellner, Hugo

Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwal-
tungsrechtlichen Prozeßpraxis

NJW 1966, 857

Kewitz, Helmut und Herken, Hans

Der Wirksamkeitsnachweis für Arzneimittel -
Basis jeder rationalen Therapie

Deutsches Ärzteblatt 1977, 2235

Kienle, Gerhard und Hensel, Herbert

Unordnung statt Neuordnung

Deutsches Ärzteblatt 1977, 1817

Kienle, Gerhard

Was ist ein wissenschaftlich allgemein anerkanntes
Arzneimittel?

NJW 1976, 1126

Kienle, Gerhard

Der Wirksamkeitsnachweis im Arzneimittelrecht

Arzt- und Arzneimittelrecht 1976, 252

Kimbel, K.H.

Information über Arzneimittel und Arzneimittelrisiken
- eine standespolitische Aufgabe

Medizinische Klinik 70 (1975), 1790

Kinzel, Dieter

Transfusion und Transplantation in strafrechtlicher
Sicht

Diss. iur. München 1967

Kirchhoff, Heinz

Der Arzt im Konflikt zwischen Wissenschaft und Ethik

Deutsches Ärzteblatt 1968, 2951

Kleinknecht, Theodor

Arzt und Patient - rechtlich gesehen

Medizinische Klinik 63 (1968), 772

Kleinsorge, H.

Erstanwendung von Pharmaka am Menschen
(Vorbedingungen und Problematik)

Medizinische Klinik 71 (1976), 1093

Kloepfer, Michael und Malorny, Michael

Öffentliches Recht

2. Auflage, Düsseldorf 1979

Knack, Hans-Joachim

Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar

Köln, Berlin, Bonn, München 1976

Koepppe, H.W.

Arzt und Arzneimittel

Medizinische Klinik 62 (1967), 1461

Kohlhaas, Max

Aufklärungspflicht und Placeboversuch

Deutsche medizinische Wochenschrift 1970, 1797

Kohlhaas, Max

Stellungnahme zu dem Beitrag von M. Pflanz:

Aufklärungspflicht und Placeboversuch in

DMW 1970, 2044

Deutsche medizinische Wochenschrift 1970, 2045

Kohlhaas, Max

Medizin und Recht

München 1969

Kohlhaas, Max

Kehren wir zur Kurierfreiheit von 1937 zurück?

Deutsche medizinische Wochenschrift 1967, 1687

Kohlhaas, Max

Ärztliche Pflichten bei Verabreichung neuer Arzneimittel (Versuchspräparate bzw. noch nicht registrierte Medikamente)

Münchener medizinische Wochenschrift 1964, 2281

Kohlhaas, Max

10 Jahre Bundesgerichtshof Rechtsprechung zum Arztrecht in Strafsachen

Deutsche medizinische Wochenschrift 1962, 1157

Koller, Siegfried

Krebstherapie als Rechtsfrage

NJW 1963, 381

König, Friedrich Franz

Diphtherieserum oder nicht? Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Beurteilung der Homöopathie

JW 1938, 345

Kopp, Ferdinand O.

Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar

München 1976

Korthals, Gernot

Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation

Diss. iur. Hamburg 1969

Köster, Hubert

Die Haftung des Arztes für das Verschreiben von Medikamenten

Diss. iur. Köln 1975

Krauß, Detlef

Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung

in Festschrift für Paul Bockelmann, S. 557ff

München 1979

Kreienberg, Walter

Internationaler Standard

Deutsches Ärzteblatt 1978, 2614

Kriele, Martin

Stand der medizinischen Wissenschaft als Rechtsbegriff

NJW 1976, 355

Kröning, Jürgen

Die Bedeutung des Kunstfehlers für die Haftung des
Arztes nach § 823 Abs. 1 BGB

Diss. iur. Göttingen 1974

Küchenhoff, Günter

Grundfragen des Arztrechts

Arztrecht 1968, 3

Kuhlendahl, Hans

Ärztlicher Entscheidungsspielraum - Handlungszwänge
in Festschrift für Paul Bockelmann , S. 465ff

München 1979

Kuhlendahl, Hans

Die ärztliche Aufklärungspflicht oder der kalte Krieg
zwischen Juristen und Ärzten

Deutsches Ärzteblatt 1978, 1984

Lackner, Karl

StGB, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen

13. Auflage, München 1980

Laufs, Adolf

Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80

NJW 1980, 1315

Laufs, Adolf

Arztrecht

2. Auflage, München 1978

Laufs, Adolf

Die Entwicklung des Arztrechts 1980/81

NJW 1981, 1289

Laufs, Adolf

Die Entwicklung des Arztrechts im Jahre 1977/78
NJW 1978, 1177

Laufs, Adolf

Arztrecht im Wandel, Die Entwicklung des Arzt-
rechts 1976/77
NJW 1977, 1081

Leipziger Kommentar

Strafgesetzbuch, Zweiter Band - §§ 80 - 262
9. Auflage, Berlin 1974

Liebhardt, Erich

vgl. bei Spann/Liebhardt

Liertz/Paffrath

Handbuch des Arztrechts, hrsgg. von Werner Liertz
und Hans Paffrath
Düsseldorf 1938

Lindemann, Gerhard

Aufklärungspflicht in der Frauenheilkunde
in: Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht,
hrsgg. von Helmut Kraatz und Hans Szewczyk, S. 93
Jena 1967

Lindenschmidt, Th.-O.

Neulandoperationen, Fachliche Differenzierungen,
juristische und ethische Grenzen
Der Chirurg 50 (1979), 208

Loeckle, Werner, Ernst

Krebstherapie und Rechtsfrage
NJW 1962, 1750

Löffler, H. und Pralle, H.

Hämatologie

in: Innere Medizin und Chirurgie, hrsgg. von
K. Vosschulte, H.G. Lasch und F. Heinrich, S. 263ff
Stuttgart 1979

Ludolph, Elmar

Das Beziehungsgeflecht von Recht und Medizin
(Zu einer Tagung der Deutschen Richterakademie)
Deutsches Ärzteblatt 1979, 2278

Malorny, Michael und Kloepper, Michael

Öffentliches Recht

2. Auflage, Düsseldorf 1979

Mandt, Peter

Geltendes und geplantes Strafrecht

Deutsches Ärzteblatt 1969, 3335, 3419, 3489

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz

Grundgesetz, Kommentar

Band I, Art. 1-19

Loseblatt, Stand August 1979, München

Maurach/Gössel/Zipf

Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2,
bearb. von Karl Heinz Gössel und Heinz Zipf

5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1978

Maurach-Schroeder

Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1

bearb. von Friedrich-Christian Schroeder

6. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1977

Meyers, David W.

The Human Body and the law. A medico-legal study
Edinburgh 1969

Mirtsching, Wolfram und Weyers, Hans-Leo

Zum Stand des Arzthaftungsrechts

JuS 1980, 317

Moeschlin, Sven

Therapie-Fibel der inneren Medizin

Stuttgart 1976

Molfenter, Werner

Die Bedeutung von Gebrauchsvorschriften für die
Anwendung von Arznei- und Pflanzenschutzmitteln

Die Versicherungspraxis 1971, 85

Möllering, Jürgen

Schutz des Lebens, Recht auf Sterben:

Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie

Stuttgart 1977

Möllhoff, Gerhard

Ärztliche Kunstfehler

Deutsche Rentenversicherung 1974, 229

Moritz, Alan R. and Morris, Crawford R.

Handbook of legal medicine

Third edition, St. Louis 1970

Müller-Dethard, Gundula und Schreiber, Hans-Ludwig

Der medizinische Sachverständige im Strafprozeß

Deutsches Ärzteblatt 1977, 373

Müller-Osten und Weißbauer, Walter
Aufklärung über Bauchoperationen
Erlangen 1978

Müller, F./Seifert, O.
Taschenbuch der medizinisch-klinischen Diagnostik
hrsgg. von H. Frh. von Kreß / G.A. Neuhaus
70. Auflage, München 1975

von Münch, Ingo
Grundgesetz, Kommentar
Band 1 (Präambel bis Art. 20)
Frankfurt 1974

Nentwig, W.M.
Die Aufklärungspflicht des Arztes
Bremer Ärzteblatt 1979, 11

Delkers, Harald
Grundlagen und Umfang der ärztlichen Aufklärungs-
pflicht, insbesondere bei der Anwendung neuartiger
Medikamente
Diss. iur. Hamburg 1969

Delkers, Harald
Ärztliche Aufklärungspflicht bei der Anwendung neu-
artiger Medikamente
Medizinische Klinik 66 (1971), 1173

Orschekowski, Walter
Der Kunstfehler aus strafrechtlicher Sicht
in: Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht
hrsgg. von Helmut Kraatz und Hans Szweczyk
Jena 1967

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch

39. Auflage, München 1980

Peller, Sigismund

Krebsbekämpfung und Freiheit der Behandlung

NJW 1963, 1655

Perret, Wolfgang

Die Haftung des Arztes bei Komplikationen
nach Osteosynthesen

Medizinische Klinik 71 (1976), 2090

Pflanz, M.

Aufklärungspflicht und Placeboversuch

Deutsche medizinische Wochenschrift 1970, 2044

Plagemann, Hermann

Gefahrenvorsorge und strafbare Vorenthaltung
von Rettungschancen

JZ 1979, 257

Pralle, H. und Löffler, H.

Hämatologie

in: Innere Medizin und Chirurgie, hrsgg. von K. Voss-
schulte, H.G. Lasch u. F. Heinrich, S. 263ff

Stuttgart 1979

Preisendanz, Holger

Strafgesetzbuch, Kommentar

30. Auflage, Berlin 1978

Pribilla, Otto

Der ärztliche Kunstfehler und seine forensisch-
medizinische Problematik

Deutsches Ärzteblatt 1974, 3078

Pribilla, Otto u. v. Brandis, Cordt
Arzt und Kunstfehlervorwurf - rechtliche Problematik
des sogenannten Kunstfehlerbegriffes
München 1973

Pribilla, Otto
Der ärztliche Kunstfehler
in: Armand Mergen, Die juristische Problematik in
der Medizin, Band III: Die Verantwortung des Arztes
München 1971

Pribilla, W.
Erkrankungen der roten Blutzellen (Erythrozytopoese)
in: Lehrbuch der inneren Medizin, hrsgg. von R. Groß
und P. Schölmerich, S. 125ff
5. Auflage, Stuttgart, New York 1977

Prokop, Otto
Die ärztliche Aufklärungspflicht
in: Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht,
hrsgg. von Helmut Kraatz und Hans Szewczyk, S. 39
Jena 1967

Pschyrembel, Willibald
Klinisches Wörterbuch
185-250. Auflage, Berlin 1968

Ramm, Rudolf
Ärztliche Rechts- und Standeskunde
(Der Arzt als Gesundheitserzieher)
2. Auflage, Berlin 1943

Riecker, G.
Therapie innerer Krankheiten
hrsgg. von G. Riecker u.a.
4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1980

Rieger, Hans-Jürgen

Haftungsprobleme in ambulanten Koronarsportgruppen

Deutsche medizinische Wochenschrift 1979, 1256

Rieger, Hans-Jürgen

Zur Sorgfaltspflicht des Arztes bei Nichterscheinen
des Patienten nach Wiedereinbestellung

Deutsche medizinische Wochenschrift 1979, 1224

Rieger, Hans-Jürgen

Neuregelung der Fortbildungspflicht des Arztes

Deutsche medizinische Wochenschrift 1977, 626

Rieger, Hans-Jürgen

Haftung des Arztes und des Arzneimittelherstellers
bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimitteln

Deutsche medizinische Wochenschrift 1976, 1781

Roemer, Hans

Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber
Krebskranken

JZ 1960, 137

Rogall, Klaus

Anmerkung zu BGH NJW 1978, 1206

NJW 1978, 2344

Röhmel, Klaus

Das Problem der Strafwürdigkeit der freiwilligen
Sterilisation

JA 1977, 183

Rollin, Klaus

Patientenbrief

Deutsches Ärzteblatt 1979, 2276

Samson, Erich

Zur Strafbarkeit der klinischen Arzneimittelprüfung

NJW 1978, 1182

Schettler, Gotthard

Fortschritt und Fortbildung

Deutsches Ärzteblatt 1965, 549

Schimikowski, Peter

Experiment am Menschen, Zur strafrechtlichen Problematik des Humanexperiments

Stuttgart 1980

Schipperges, Heinrich

Der Arzt und die Freiheit des Menschen, zum Selbstverständnis einer Medizin zwischen Heiltechnik und Heilkultur

in: Freiheit des Menschen, hrsgg. von Ansgar Paus, S. 207

Graz, Wien, Köln 1974

Schlund, Gerhard

Die ärztliche Aufklärungspflicht im Spannungsfeld der Gerichte und Ärzteschaft

Versicherungsrecht 1977, 496

Schmidhäuser, Eberhard

Strafrecht Allgemeiner Teil

2. Auflage, Tübingen 1975

Schmidt, Eberhard

Der Arzt im Strafrecht

Leipzig 1939

Schmidt, Eberhard

Gehört der Sachverständige auf die Richterbank?

JZ 1961, 585

Schmidthals, Karl Johann

Diskussionsbeitrag zur Abteilung Arztrecht des
52. Deutschen Juristentages

in: Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen
Juristentages, Band II (Sitzungsberichte) Teil I,
Seite I 54

München 1978

Schölmerich, P.

Zum Begriff der Krise im individuellen Krankheits-
ablauf

in: Grenzen der Medizin, hrsgg. von Michael Stein-
hausen, S. 107

Heidelberg 1978

Schönke-Schröder

Strafgesetzbuch, Kommentar

20. Auflage, München 1980

Schreiber, Hans-Ludwig u. Wachsmuth, Werner

Der unheilvolle Weg in die defensive Medizin

Hospital Tribune 1980 Nr. 22, Seite 26

Schreiber, Hans-Ludwig

Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehlers?

Der medizinische Sachverständige 72 (1976), 71

Schreiber, Hans-Ludwig u. Müller-Dethard, Gundula

Der medizinische Sachverständige im Strafprozeß

Deutsches Ärzteblatt 1977, 373

Schröder, Horst

Referat zur 3. Abteilung des 43. Deutschen Juristentages,
München 1960: Die kriminalpolitischen Aufgaben der
Strafrechtsreform, Seite E 3, 16, 77

Tübingen 1962

Schulz, Georg

Arzt und Strafrecht

Kriminalistik 1973, 64

Schulz, Georg

Der Arzt im Strafverfahren

Medizinische Klinik 66 (1971), 1087

Schulz, Georg

Zur Entwicklung des Arztrechts

Medizinische Klinik 61 (1966), 1947

Schulz, Georg

Der Arzt vor dem Richter

- Ein Arztrecht für den Praktiker -

Hannover 1961

Schünemann, Hermann

Anmerkung zu BGH NJW 1980, 1905

NJW 1980, 2753

Schuster, Hans-Peter

Notfallmedizin - Symptomatologie und erste Versorgung
der akut lebensbedrohenden Zustände

2. Auflage, Stuttgart 1979

Schwalm, Georg

Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers
in Festschrift für Paul Bockelmann, S. 539

München 1979

Schwalm, Georg

Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen
Aufklärungspflicht

MDR 1960, 722

Schwarz, Hans

Aufklärungspflicht in der Psychiatrie

in: Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht,
hrsgg. von Helmut Kraatz u. Hans Szewczyk, S. 87

Jena 1967

Schweickhardt, Rudolf

Allgemeines Verwaltungsrecht

Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1979

Schweisheimer, Waldemar

Kunstfehlerprozesse in den USA

Materia Medica Nordmark 32 (1980), 39

Schwerdtfeger, Günther

Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung

5. Auflage, Münschen 1980

Sewering, Hans Joachim

Neufassung der Weiterbildungsordnung
(Referat zu Tagesordnungspunkt 3 des 79. Deutschen
Ärztetages)

Deutsches Ärzteblatt 1976, 1549

Sewering, Hans Joachim

Das Weiterbildungsgesetz und seine Konsequenzen

Deutsches Ärzteblatt 1974, 590

Sewing, Karl-Friedrich

Vorsätzliche Irreführung

Deutsches Ärzteblatt 1978, 2281

Soergel-Siebert

Bürgerliches Gesetzbuch

Band 2, Schuldrecht I - §§ 241-610

10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967

Band 3, Schuldrecht II - §§ 611-853

10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969

Spann, Wolfgang und Liebhardt, Erich

Ärztliche Rechts- und Standeskunde

in: kurzgefaßtes Lehrbuch der Rechtsmedizin für
Mediziner und Juristen, hrsgg. von Wolfgang Schwerd,
S. 271

Köln-Lövenich 1976

Staudinger

BGB, Recht der Schuldverhältnisse, II. Band, 3. Teil -
§§ 611-704

11. Auflage, Berlin 1958

Steffen, Erich

Referat zur Abteilung Arztrecht des 52. Deutschen
Juristentages

in: Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen
Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil I,
Seite I 8

München 1978

Stelkens/Bonk/Leonhardt

Verwaltungsverfahrensgesetz

München 1978

Stich, W.

Anämien

in: Therapie innerer Krankheiten, hrsgg. von E. Buchborn,
R. Groß, H. Jahrmärker, H.J. Karl, G.A. Martini, W. Müller,
G. Riecker, H. Schwiegk, W. Siegenthaler, S. 200

3. Auflage Berlin, Heidelberg, New York 1977

Stockhausen, J.

Fragekasten: Frage 73: Internationaler Kodex für
medizinische Ethik

Münchener medizinische Wochenschrift 1967, 2333

Stolz, W.

Die Haftung des Arztes aus zivil- und versicherungs-
rechtlicher Sicht

Der Krankenhausarzt 1975, 445

Stoß, Carl

Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung
(Eine strafrechtliche Studie)

Berlin 1898

Stratenwerth, Günther

Strafrecht Allgemeiner Teil I

2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1976

Stratenwerth, Günther

Zum juristischen Begriff des Todes

in Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag,
S. 528

Frankfurt 1969

Stree, Walter

In dubio pro reo

Tübingen 1962

Studienkommentar zum BGB

Erstes bis Drittes Buch (§§ 1-1296)

1. Auflage, Frankfurt 1975

Systematischer Kommentar zum StGB

Band 1, Allgemeiner Teil

2. Auflage, Frankfurt 1977

Systematischer Kommentar zum StGB

Band 2, Besonderer Teil

Loseblatt, Stand April 1980, Frankfurt

Thieding, Friedrich

Die Freiheit des Arztes

Berliner Ärzteblatt 1967, 514

Thielicke, Helmut

Wer darf sterben?

Freiburg im Breisgau 1979

Thielicke, Helmut

Wer darf leben?

Der Arzt als Richter.

Mit Berücksichtigung der Organtransplantation
und der Lebensverlängerung

Tübingen 1966

Trockel, Horst

Das Recht des Arztes zur Heilbehandlung unter
Entwicklung und Erprobung neuer Heilmethoden

NJW 1979, 2329

Trockel, Horst

Der ärztliche Heileingriff im System der Straf-
rechtsordnung (Analyse und Reformvorstellung)

Medizinische Klinik 70 (1975), 1153

Trube-Becker, Elisabeth

Haftung des Arztes bei Verordnung neuer Medikamente

Medizinische Klinik 62 (1967), 156

Uhlenbruck, Wilhelm

Rechtliche Aspekte des Kontrastmittelzwischenfalls und
des Strahlenrisikos in der ambulanten Diagnostik

NJW 1981, 1294

Uhlenbruck, Wilhelm

Die Haftung des Arztes aus strafrechtlicher Sicht

Der Krankenhausarzt 1975, 436

Uhlenbruck, Wilhelm

Haftungsfragen bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimit-
teln

Medizinische Klinik 69 (1974), 445

Uhlenbruck, Wilhelm

Die ärztliche Haftung für Narkoseschäden

NJW 1972, 2201

Uhlenbruck, Wilhelm

Ärztliche Fortbildungspflicht und Vertragsverletzung

Deutsche medizinische Wochenschrift 1968, 2136

Ule, Carl Hermann

Verwaltungsprozeßrecht

7. Auflage, München 1978

Ulsenheimer, Klaus

Arzthaftung im Lichte der neuesten Rechtsprechung -
strafrechtliche Aspekte

Arzt und Krankenhaus 1980, 31

Umbach, Wilhelm

Ärztliche Verantwortung im Konflikt

in: Organtransplantation - Wann endet Leben?

hrsgg. von Wilhelm Giesen und Fritz Hermann Kreienburg

1. Auflage, Stuttgart 1969

Wachsmuth, Werner u. Schreiber Hans-Ludwig

Der unheilvolle Weg in die defensive Medizin

Hospital Tribune 1980, Nr. 22 S. 26

Wachsmuth, Werner

Die chirurgische Indikation - Rechtsnorm und Realität

in: Festschrift für Paul Bockelmann, S. 473

München 1979

Wachsmuth, Werner

Chirurgie zwischen Gesetz und Gewissen

Arzt- und Arzneimittelrecht 1977, 179, 209

Wachsmuth, Werner

Zur Begriffsbestimmung und Problematik des sogenannten "Kunstfehlers"

Der Krankenhausarzt 1975, 422

Wannagat, Georg

Arzt und Gesellschaft

Deutsches Ärzteblatt 1977, 1813

Wartensleben, Herbert

Die Befreiung des Strafrechts vom manipulierten Denken

in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, hrsgg. von Wolfgang Frisch und Werner Schmid, S. 339

Köln, Berlin, Bonn, München 1978

Weimar, Wilhelm
Arzt-Krankenhaus-Patient
2. Auflage, München 1976

Weißbauer, Walter
Referat zur Abteilung Arztrecht des 52. Deutschen
Juristentages
in: Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen
Juristentages, Band II (Sitzungsberichte) Teil I,
Seite I 29
München 1978

Weißbauer, Walter und Müller-Osten
Aufklärung über Bauchoperationen
Erlangen 1978

Wessels, Johannes
Strafrecht, Allgemeiner Teil
11. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1981

Wessels, Johannes
Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1
5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1981

Weyers, Hans-Leo
Empfiehl es sich im Interesse der Patienten und
Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Ver-
trags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?
Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag
in: Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen
Juristentages, Band I, Gutachten
München 1978

Weyers, Hans-Leo und Mirtsching, Wolfram
Zum Stand des Arzthaftungsrechts
JuS 1980, 317

Wilts, Walter

Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechts-
reform (II)

MDR 1971, 4

Wolff-Bachof

Verwaltungsrecht I

9. Auflage, München 1974

Wuermeling, H.B.

Juristisches und ärztlich-naturwissenschaftliches
Denken

in: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, hrsgg. von
Albert Ponsold, S. 610

3. Auflage, Stuttgart 1967

Zenker, R.

Ärztliche Ethik am Krankenbett aus der Sicht des
Chirurgen

in: Ärztliche Ethik, hrsgg. von Groß, Hilger, Kauf-
mann, Scheurlen, S. 105

Stuttgart 1978

Zenker, R.

Juristische Grenzen chirurgischer Tätigkeit

Münchener medizinische Wochenschrift 1967, 2334

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

aA.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
aE.	am Ende
Aktionsgem.	Aktionsgemeinschaft
allg.	allgemein (e,r)
AMG	Arzneimittelgesetz, Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts vom 24.8.1976, Bundesgesetzblatt Teil I, Seite 2445
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel (des Grundgesetzes)
Arznei- verordnungen	Arzneiverordnungen, herausgegeben von den Mitgliedern der Arzneimittelkommission der Deutschen Ärzteschaft, 13. Auflage, Köln 1976
ärztl.	ärztlich(e,r)
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz v. 23.12.1959, BGBl. I S. 814 idF. vom 31.10.1976, BGBl. I S. 3053, letztes Änderungsgesetz v. 3.12.1976, BGBl. I S. 3281
Auffassg.	Auffassung
ausf.	ausführlich
BAnz.	Bundesanzeiger
BÄO	Bundesärzteordnung idF. v. 14. Okt. 1977, BGBl. I S. 1885, BGBl. III S. 2122-1
Bd.	Bund(esrepublik)
Beihilfe VO NW	Beihilfeverordnung Nordrhein-Westfalen v. 27.3.1975 GVNW S. 332 zuletzt geändert am 30.7.1976 GVNW S. 290
Berl. Ärztebl.	Berliner Ärzteblatt
bes.	besonders

best.	bestimmt(e,r)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
B1.	Blatt
Brem. Ärztebl.	Bremer Ärzteblatt
Bsp(e).	Beispiel(e)
BT	Besonderer Teil
BRats-Dr.	Bundesratsdrucksache
BT-Dr.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d.	der, die, das
Def.	Definition
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DMW	Deutsche medizinische Wochenschrift
Dr.	Drucksache
Dt. Ärztebl.	Deutsches Ärzteblatt
Dt. Rentenvers.	Deutsche Rentenversicherung
E 60/62	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bonn 1960, 1962
Einf.	Einführung
Entsch.	Entscheidung
f.	für
fachwiss.	fachwissenschaftlich(e,r)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Festschr.	Festschrift
Fußn./FN	Fußnote
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldtammer

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949
gem.	gemäß
gesetzl.	gesetzlich(e,r)
GewO	Gewerbeordnung
grds.	grundsätzlich
GV	Gesetz- und Verordnungsblatt
Haftg.	Haftung
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichts Zeitschrift
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung, bis 1927: Die Rechtsprechung, Beilage zur Zeitschrift Juristische Rundschau
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben (von)
idF.	in der Fassung (vom)
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
internist.	internistisch(e,r)
i.S.	im Sinne
iVm.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
jurist.	juristisch(e,r)
Jus, JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KastrG	Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden vom 15. Aug. 1969, BGBl. I S. 1143, BGBl. III S. 453-16
klin.	klinisch(e,r)
krit.	kritisch
l.	links, linker, linke
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring

Mat. Med. Nordm.	Materia Medica Nordmark (medizinische Zeitschrift)
MDH	Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mediz.	medizinisch(e,r)
Med. Klin.	Medizinische Klinik
Med. Sach.	Der medizinische Sachverständige
mittl.	mittlere(r)
MMW	Münchener medizinische Wochenschrift
MSchrKrimBiol.	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
Nachw.	Nachweis(e)
naturwiss.	naturwissenschaftlich(e,r)
neuart.	neuartig(e,r)
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Nov.	November
NW	Nordrhein-Westfalen
o.ä.	oder ähnlich(e,r,s)
Okt.	Oktober
Op.	Operation
ps.	persönlich
pharmakol.	pharmakologisch
r.	rechts, rechter, rechte
Rdn	Randnummer
rechtl.	rechtlich(e,r)
Rechtspr./Rspr.	Rechtsprechung
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	Seite
s.	siehe
Sch-Sch	Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, bearbeitet von Lenckner, Cramer, Eser, Stree
SoG	Sozialgerichtsgesetz

SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, bearbeitet von Rudolphi, Horn, Samson, Schreiber
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
statist.	statistisch(e,r)
strafrechtl.	strafrechtlich(e,r)
StPO	Strafprozeßordnung
StudK	Studienkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Beuthien u.a.
tw.	teilweise
u.	und
u.a.	unter anderem / und andere
u.ä.	und ähnliches
u.ö.	und öfter
unzutr.	unzutreffend
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von, vom
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
v.H.	von Hundert (Prozentsatz)
VO	Verordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25.5.1976, BGBl. I S. 1253
WamS	Welt am Sonntag (Sonntagszeitung)
WarnR	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts, hrsgg. von Warneyer
WGO	Weltgesundheitsorganisation
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zivilrechtl.	zivilrechtlich(e,r)
ZR	Zivilrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

A) E i n l e i t u n g

I) Bedeutung des Themas und sein Verhältnis zum Begriff des ärztlichen Kunstfehlers

1) Bedeutung des Themas

a) Ärztliche Kunstfehler erregen vielfach großes öffentliches Interesse und lösen überdies häufig kontroverse rechtliche Diskussionen aus. Ihnen kommt insbesondere aus strafrechtlicher Sicht eine wesentliche Bedeutung zu, namentlich für die Frage eines - fahrlässigen oder auch vorsätzlichen - Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts. Die hierbei auftretenden Probleme sind mannigfaltig und vielschichtig. Eines der insoweit wenig geklärten Probleme betrifft die Wahl der Behandlungsmethode, d.h. die Frage, ob und wann ein Arzt mit der Wahl einer bestimmten Behandlungsmethode die Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit überschritten, sich also außerhalb des rechtlich Zulässigen begeben hat und inwieweit ihm das als schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen ist.

Die Festlegung der Grenzen zulässiger ärztlicher Therapie befindet sich von jeher im Spannungsfeld zwischen Anhängern der sog. Schulmedizin und Vertretern medizinischer Außerseitermethoden sowie von Behandlungen, bei denen medizinisches Neuland betreten wird (Neulandbehandlungen)¹. Teilweise wird die Schulmedizin zum Dogma erhoben, von anderer Seite ist sie dagegen schärfster Kritik ausgesetzt. Kennzeichnend für diese Kritik sind in jüngster Zeit die

1) Zum Begriff der Neulandbehandlung vgl.:
v. Bubnoff GA 1968, 65, 77 (Neulandoperation);
Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 30 - die Begründung des Regierungsentwurfes eines Strafgesetzbuches 1962, S. 298 (E 62, BT-Dr. IV 650) verwendet noch nicht den heute gebräuchlichen Begriff der "Neulandbehandlung", sondern spricht von Behandlungen, bei denen der Arzt medizinisches Neuland beschreiten muß.

Veröffentlichungen von Professor Julius Hackethal¹. Neue Medikamente und ihre Erprobung und erstmalige Anwendung sind in jüngster Zeit ebenfalls in die strafrechtliche Diskussion geraten, namentlich durch die Veröffentlichung von Martin Fincke "Arzneimittelprüfung - Strafbare Versuchsmethoden". Häufig verleiten Entdeckungen in der Medizin - bestärkt durch übertriebene Erwartungen - aber auch dazu, die sofortige breite Anwendung einer neuen Therapie zu fordern. Dafür ist die Entwicklung oft jedoch noch nicht weit genug gelangt. Deutlich wird das etwa an dem neuen, viel diskutierten Krebsmittel Interferon².

Die Schwierigkeit und die Bedeutung des Themas liegen darin, angesichts der Richtungskämpfe in der Medizin sowie der Chancen und Gefahren der modernen Medizin die Grenzen des Strafwürdigen und Strafbaren zu bestimmen.

b) Gerade die strafgerichtliche Überprüfung der ärztlichen Methodenwahl führt zu schwer lösbaren rechtlichen Problemen. Das wird besonders deutlich an der wegen fahrlässiger Tötung erfolgten Verurteilung des Krebsarztes Dr. Issels³, der seine Patienten mit seiner auf den ganzen Körper ausgerichteten sog. internen Tumorthherapie⁴ anstelle von Bestrahlung und Operation behandelt hatte. Diese Entscheidung hat eine umfangreiche wissenschaftliche Kontroverse⁵ um die Zulässigkeit und Strafwürdigkeit der Praktizierung einer medizinischen Außenseitermethode wie der internen Tumorthherapie ausgelöst.

1) Hackethal, Auf Messers Schneide; ders., Keine Angst vor Krebs. Kronzeuge Prostatakrebs gegen die schulmedizinische Rabiati-Strategie bei Krebs; ders., Krankenhaus; ders., Nachoperation; ders., Sprechstunde;

2) Dazu, Der Spiegel, 1980 Heft 24 S. 212

3) BGH NJW 1962, 1780

4) Dazu neuestens Issels WamS Nr. 7 v. 17.2.1980 S. 10

5) Bauer NJW 1963, 369; Bockelmann NJW 1963, 380; Freudenberg NJW 1963, 373; Koller NJW 1963, 381; Loeckle NJW 1962, 1750; Peller NJW 1963, 1655

Die Problematik der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit wird weiter an dem Fall eines Zahnarztes sichtbar, der seiner Patientin auf deren ausdrücklichen Wunsch alle Zähne gezogen hatte¹. Entgegen der Ansicht seiner Patientin hielt der Zahnarzt den Zustand der Zähne nicht für die Ursache ihrer ständigen Kopfschmerzen, einen psychosomatischen Zusammenhang sah er jedoch als entfernt denkbar an. Die Verurteilung des Zahnarztes wegen vorsätzlicher Körperverletzung hat ebenfalls eine kritische Diskussion erfahren².

c) Ein Strafverfahren gegen die verantwortlichen Ärzte wird regelmäßig nur durch Anzeige von Patienten oder deren Angehörigen ausgelöst. In den meisten Fällen werden für die Staatsanwaltschaft erst bei einer Anzeige zureichende tatsächliche Anhaltspunkte zum Einschreiten bestehen (§§ 152, 160 StPO). Davon bilden auch die Fälle keine Ausnahme, in denen der Kranke gestorben ist. Die praktische Bedeutung des Themas hängt deshalb von der Bereitschaft der Patienten und ihrer Angehörigen zur Erhebung einer Strafanzeige (§ 158 StPO) wegen falscher Methodewahl des Arztes ab. Hat der Arzt sich wegen vorsätzlicher Körperverletzung nach § 223 StGB oder wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 230 StGB strafbar gemacht, so ist für die Strafverfolgung überdies ein Strafantrag erforderlich (§ 232 StGB), wenn nicht die Staatsanwaltschaft wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält; antragsberechtigt ist der Verletzte und im Falle seines Todes seine Angehörigen (§ 77 II StGB).

1) BGH NJW 1978, 1206

2) Horn Jus 1979, 29; Hruschka JR 1978, 519; Rogall NJW 1978, 2344; s. auch Bichlmeier JZ 1980, 53

aa) Das statistische Material über die Zahl ärztlicher Kunstfehler ist gering. Aufstellungen über ärztliche Fehler in der Methodenwahl fehlen ganz. Auch eine Statistik über die strafgerichtlichen Verurteilungen von Ärzten wegen kunstfehlerhafter Behandlung ist nicht ersichtlich¹.

Die Bedeutung des Themas für das Strafrecht läßt sich deshalb im wesentlichen nur an den zivilrechtlich geltend gemachten und eingeklagten Schadensersatzansprüchen wegen Kunstfehlern ablesen. Für die Bundesrepublik erscheinen insoweit die Zahlen realistisch, die Weyers in seinem Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag mitgeteilt hat². Danach werden jährlich außergerichtlich mindestens 5500 Ansprüche wegen ärztlicher Behandlungsfehler gegen Ärzte und Krankenhausträger geltend gemacht, davon mindestens 2500 bis 3000 zu Recht. Diese Zahl ist ständig im Steigen begriffen³. Zivilklagen werden in etwa 300⁴ bis 900⁵ der Fälle eingereicht. Ungefähr ein Fünftel der prozessual geltend gemachten zivilrechtlichen Ansprüche führt auch zu einem Strafverfahren⁶.

Dabei ist allerdings bemerkenswert, daß es in wesentlich mehr Fällen zu strafrechtlichen Ermittlungen kommt, denn in über 90 % aller Fälle von möglichen Arztfehlern wird

1) Eine Ausnahme bilden die - allerdings sehr beschränkten - Untersuchungen von v. Brandis/Pribilla, Arzt und Kunstfehlervorwurf, S. 38ff, 75ff

2) Weyers, Gutachten 52. DJT, S.A 39; vgl. auch Weyers/Mirtsching Jus 1980, 317

3) Vgl. Friel, Arbeit und Sozialpolitik, 1976, 320, der die Entwicklung der Jahre 1969-1975 betrachtet

4) So Weyers aaO.

5) So Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2282

6) Deutsch, Medizin und Forschung, S. 7; ähnlich: Bappert, Arzt und Patient, S. 122

das Verfahren bereits vor Anklageerhebung eingestellt¹. Maßgeblich sind hier vor allem Beweisschwierigkeiten. Berücksichtigt man darüber hinaus die von der Staatsanwaltschaft nicht erfaßte Zahl potentieller Kunstfehler, so dürfte es in weniger als 1 % der Fälle ärztlichen Versagens zu einer strafgerichtlichen Verurteilung kommen; bislang erfaßt das deutsche Strafrecht also nur krasse Fälle ärztlichen Fehlverhaltens².

Viel weiter vorangeschritten ist die Entwicklung in den USA³. Dort ist eine enorme Zahl von (zivilrechtlichen) Kunstfehlerprozessen festzustellen⁴. Jährlich sollen die erfolgreichen Kunstfehlerklagen um ca. 15 % zunehmen⁵, beispielsweise hat sich im Staat New York die Zahl der Arztprozesse von 1967 bis 1974 nahezu verdoppelt^{6,7}. Über strafrechtliche Verurteilungen ist auch in den USA nichts bekannt.

Wenngleich die Situation in Deutschland noch keine amerikanischen Ausmaße erreicht hat, so macht dieser statistische Überblick doch deutlich, daß die Verantwortlichkeit des Arztes - strafrechtlich wie zivilrechtlich - einen zunehmend bedeutsamen Faktor im Rechtsleben darstellen wird⁸.

1) Uhlenbruck, Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 439

2) Uhlenbruck, Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 439

3) Vergleich der prägenden zivilrechtlichen Unterschiede zwischen deutschem und amerikanischem Arzthaftungsrecht bei Deutsch, Medizin und Forschung, S. 34f

4) Vgl. Baur, Der Krankenhausarzt, 1975, 419; v. Brandis/Pribilla, Arzt und Kunstfehlervorwurf, S. 10; Friel, Arbeit und Sozialpolitik, 1976, 320 Ludolph Dt. Ärztebl., 1979, 2278, 2281; Weyers, Gutachten 52. DJT, S.A 70f

5) v. Brandis/Pribilla, Arzt und Kunstfehlervorwurf, S. 10

6) Baur, Der Krankenhausarzt, 1975, 419; Friel, Arbeit und Sozialpolitik, 1976, 320

7) Zur neuesten Entwicklung in den USA vgl. Schweisheimer Mat.Med.Nordm. 32 (1980), 39

8) Ebenso: Ulsenheimer, Arzt und Krankenhaus, 1980, 31

bb) Die Ursachen für die Erhebung von Klagen wegen Kunstfehlern sind vielschichtig.

Einer der entscheidenden Gründe liegt im geänderten Verhältnis der Patienten zum Arzt und zu ihrer Krankheit. Dem Arzt wird nicht mehr das unbedingte Vertrauen geschenkt, das früher regelmäßig sein Verhältnis zum Patienten charakterisierte¹. Das hängt zum einen mit einer veränderten Lebenshaltung, zum anderen aber auch damit zusammen, daß der Einzelne heute besser als früher über die Möglichkeiten der Medizin aufgeklärt ist. Er nimmt die Krankheit deshalb nicht mehr ohne weiteres als schicksalhaft hin². Vielmehr kann man im Verhältnis Arzt - Patient schon heute Züge einer Geschäftsbeziehung erkennen³, bei welcher der Arzt als Garant der Gesundheit gesehen wird und ihre Wiederherstellung von ihm verlangt wird⁴. Das Fehlschlagen der Behandlung wird aus diesen Gründen oftmals dem Arzt verübelt. Da der Mißerfolg der Behandlung auch Voraussetzung einer Kunstfehlerklage ist⁵, werden so immer mehr Strafverfahren und zivilrechtliche Schadensersatzprozesse ausgelöst. Begünstigt wird diese Entwicklung noch durch häufig sensationell aufgemachte Berichte der Medien⁶, die oft Patienten erst dazu bringen, auch in ihrem Fall die Behandlungswahl und -methode kritisch zu sehen. Nicht zu verkennen ist schließlich die Tatsache,

1) v.Brandis/Pribilla, Arzt und Kunstfehlervorwurf, S. 9; Pribilla, Dr. Ärztebl. 1974, 3078; Schulz, Med. Klin. 61 (1966), 1947, 1948; Uhlenbruck, Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 439; Wachsmuth, Der Krankenhausarzt 1975, 422, 424

2) Pribilla, Dt. Ärzteblatt. 1974, 3078; Schipperges, Arzt u. die Freiheit des Menschen, S. 230; Schulz, Kriminalistik 73, 64, 65; Umbach, Ärztliche Verantwortung im Konflikt, S. 24; Wannagat Dt. Ärztebl. 1977, 1813, 1816

3) Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422, 424

4) Vgl. Arbeitskreis Ärzte und Juristen, Der Krankenhausarzt, 1975, 420; Laufs NJW 1978, 1177; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2281; Schulz, Med. Klin. 61 (1966), 1947, 1948; Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422, 424; Weyers/Mirtsching Jus 1980, 317

5) Kohlhaas, DMW 1962, 1157, 1161

6) v. Brandis/Pribilla, aaO. S.9; Pribilla Dt. Ärztebl. 1974,

daß mit dem Fortschritt der Medizin und der Entwicklung neuer Heilverfahren die ärztliche Behandlung auch neue - unbekannte - Risiken und Folgewirkungen mit sich bringt¹.

Die Gründe für die Einleitung von Strafverfahren wegen ärztlicher Fehler, namentlich auch wegen falscher Therapiewahl, sind also zahlreich.

cc) Für den Patienten oder seine Hinterbliebenen wird jedoch überwiegend nicht die Durchführung eines Strafverfahrens, sondern die Frage des zivilrechtlichen Schadenersatzes im Vordergrund stehen; für die Hinterbliebenen kommen insoweit vor allem die §§ 823, 844 II BGB als Anspruchgrundlage in Betracht, wenn der verstorbene Patient ihnen kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte. Das ändert aber nichts an der strafrechtlichen Bedeutung des Themas. Ein Zivilprozeß bringt nämlich besonders bei Arzthaftungsprozessen ein erhebliches Kostenrisiko für die Parteien mit sich, weil hier regelmäßig schwierige Beweisfragen zu klären sind. Dabei trägt der klagende Patient als Anspruchsteller grundsätzlich die Beweislast für einen Behandlungsfehler des Arztes. Anders ist es nur, wenn die Behandlung einen Schaden zur Folge hat, der typischerweise auf einen Behandlungsfehler zurückgeht; dieser ist dann prima facie bewiesen. Zu einer Umkehr der Beweislast² kommt es allein dann, wenn der Arzt schuldhaft einen groben Behandlungsfehler begangen hat, der geeignet war, einen Schaden, wie den tatsächlich eingetretenen, herbeizuführen³. Im Regelfall ist also die Beweislast für den Patienten ungünstig, wenn er

1) Wachsmuth, Arzt- und Arzneimittelrecht, 1977, 179, 209, 210

2) Die neue Judikatur spricht allerdings mehr von "Beweiserleichterungen", vgl. Laufs NJW 1981, 1289, 1292

3) Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 8a cc und 8c cc vor § 249; ders., Anm. 2e zu § 282; Erman-Drees, BGB, Rdn 82 vor § 823

Schadensersatzansprüche wegen fehlerhaften Verhaltens des Arztes geltend macht. Dennoch ist diese Beweislastverteilung auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden¹. Für den Patienten ist jedoch angesichts dieser Situation die Erhebung einer Strafanzeige ein vorteilhaftes und heute schon praktiziertes Mittel, um die Kosten der tatsächlichen Ermittlungen für den Nachweis des ärztlichen Kunstfehlers auf den Staat abzuwälzen und sich so für den Zivilprozeß einen "billigen Schuldtitel"² zu besorgen. Das Ergebnis des Strafverfahrens vermag für den erfolgreichen Ausgang des Zivilrechtsstreits überdies eine Präjudizwirkung zu schaffen³.

dd) In der straf- und zivilrechtlichen Rechtsprechung hat sich allerdings in der letzten Zeit der gegen den Arzt erhobene Vorwurf immer mehr von der Behauptung eines Kunstfehlers zur Behauptung einer Aufklärungspflichtverletzung verschoben⁴. Das gilt wegen der Beweislastverteilung namentlich im Zivilprozeß. Zivilrechtlich ist nämlich der Arzt für die genügende Aufklärung des Kranken beweispflichtig⁵. Bei unvollständiger Aufklärung trägt er die Beweislast dafür, daß sich der Patient zu der ärztlichen Maßnahme auch bei umfassender Aufklärung über ihre Risiken und

1) BVerfG NJW 1979, 1925

2) Bappert, Arzt u. Patient, S. 122; Brandt, Grenzen ärztlicher Haftung, S. 48; Ulsenheimer, Arzt u. Krankenhaus, 1980, 31

3) Baur, Der Krankenhausarzt, 1975, 419, 420; Brandt, Grenzen ärztl. Haftung, S. 48; Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 7; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2282; Schulz, Kriminalistik, 1973, 64, 65; ders. Med. Klinik 66 (1971), 1087

4) Vgl. Geiger, Wie frei ist der Arzt, S.92; Giesen, Haftung des Arztes, S. 14; Händel NJW 1970, 1961; Kuhlen-dahl Dt. Ärztebl. 1978, 1984; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2280; Roemer JZ 1960, 137

5) BGH VersR 1978, 551; Palandt-Thomas, BGB, Anm. 7 B f zu § 823

Folgen entschlossen hätte¹. Somit steht der Patient bei der Behauptung einer Aufklärungspflichtverletzung durch den Arzt wesentlich besser als bei der Behauptung eines Kunstfehlers. Zwar wird im Zivilrechtsstreit häufig zunächst ein Kunstfehler geltend gemacht. Er ist aber - wie ausgeführt - regelmäßig so schwer nachweisbar, daß der Klagevorwurf dann auf eine Verletzung der Aufklärungspflicht umgestellt wird². Die Aufklärungspflichtverletzung hat heute damit weitgehend die Funktion eines Auffangtatbestandes für den nicht bewiesenen Kunstfehlervorwurf übernommen³. Auch im Strafverfahren ist auf diese Weise ein Fehlverhalten des Arztes leichter nachzuweisen⁴. Deshalb könnte das Thema: "Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit" maßgeblich unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflicht und nicht so sehr unter dem bislang erörterten Aspekt des Kunstfehlers zu behandeln sein.

Die rechtliche Aufarbeitung der Kunstfehlerproblematik bei der Methodenwahl hat aber dogmatisch eigenständigen Wert. Dieser Problembereich gewinnt überdies zunehmend an Bedeutung, da die Praxis der Aufklärung immer mehr perfektioniert wird. Die Ärzte beginnen, sich auf diesem Gebiet weitgehend abzusichern. Ein Beispiel hierfür ist eine von der Universität Erlangen, Chirurgische Klinik, herausgegebene Informationsbroschüre mit beiliegendem Formblatt einer Einverständniserklärung⁵. Diese Informationsbroschüre läßt kaum einen Ansatzpunkt mehr übrig für die

1) BGH NJW 1976, 363, 365; Palandt-Thomas aaO.

2) Vgl. Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 92; Giesen, Haftung des Arztes, S. 14; Händel NJW 1970, 1961; Kuhlendahl Dt. Ärztebl. 1978, 1984; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2280; Roemer JZ 1960, 137

3) Laufs, Arztrecht, S. 100 f = Rdn 192; Schünemann NJW 1980, 2753, 2754

4) Händel NJW 1970, 1961

5) Müller-Osten/Weißauer, Aufklärung über Bauchoperationen; -Kritisch zu dieser Entwicklung: Wachsmuth/Schreiber, Hospital Tribune 1980 Nr. 22 S. 26, 29 f

Behauptung einer Aufklärungspflichtverletzung¹. Es ist deshalb zu erwarten, daß das Problem des eigentlichen ärztlichen Kunstfehlers wieder in den Mittelpunkt des Vorgehens gegen Ärzte rücken wird. Angesichts der praktischen Bedeutung des Problems ist es geboten, klare rechtliche Maßstäbe für die Eingrenzung der ärztlichen Therapiewahl aufzustellen. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es demgemäß, Kriterien zu gewinnen, anhand derer die Therapiewahl des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten sicherer und faßbarer beurteilt werden kann.

d) Diese Kriterien müssen sich an der Eigenart des Rechtsgebietes, den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern und Interessen orientieren.

aa) Die Schwierigkeit der Herausarbeitung von Maßstäben beruht schon auf dem Spannungsfeld, das zwischen juristischem Normdenken und ärztlicher Auffassung besteht², zumal der Berufsstand der Ärzte ein starkes Autonomiebewußtsein hat³.

Charakterisiert ist die ärztliche Behandlung auf der einen Seite durch den erheblichen Einfluß der Ärzte auf den Verlauf von Krankheiten und die persönliche Beziehung zwischen Arzt und Patient⁴. Andererseits ist die ärztliche Versorgung aber auch starken System- und Sachzwängen durch ihre Abhängigkeit von geschultem Personal, technischen

1) Vgl. auch Stolz, Der Krankenhausarzt, 1975, 445, 446, 455

2) Pribilla in A. Mergen III, S. 70

3) Steffen, Referat zur Abteilung Arztrecht des 52. DJT, S. I 26

4) Steffen aaO.

Apparaturen, pharmazeutischen Mitteln usw. ausgesetzt¹.

Allen diesen Gesichtspunkten hat besonders das Strafrecht zu genügen.

bb) Aufgabe des Strafrechts ist es dabei, die in den §§ 212, 222, 223, 230 StGB² gewährleisteten Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit des Patienten zu schützen. Dieser Rechtsgüterschutz ist auch für die Beurteilung der Therapiewahl des Arztes von wesentlicher Bedeutung, namentlich dann, wenn dieser Außen-seitermethoden oder neuartige Behandlungen praktiziert. Ärztliche Fehler können hier, ebenso wie in allen anderen Bereichen ärztlicher Heilbehandlung, einerseits besonders ernsthafte Folgen nach sich ziehen, andererseits vermag der Patient diese Fehler meist nicht rechtzeitig zu erkennen und kann daher selbst keine Gegenmaßnahmen treffen³. Diese Problematik verstärkt sich noch mit der Fortentwicklung der Medizin, weil selbst kleine Sorgfaltsmängel bei Anwendung der modernen Verfahren größte Wirkungen auslösen können⁴.

cc) Der Rechtsgüterschutz darf jedoch nicht isoliert zum Maßstab gemacht werden. Zu berücksichtigen sind daneben auch die schutzwürdigen Belange des Arztes. Erfolg und Mißerfolg ärztlicher Therapie lassen sich nie mit Sicherheit abschätzen oder voraussagen; ärztliches Handeln -

1) Steffen aaO.

2) In aller Regel ist das Überschreiten der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit ein Fahrlässigkeitsproblem, also ein Problem der §§ 222, 230 StGB - nicht ausgeschlossen ist es jedoch, daß der Arzt vorsätzlich die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit überschreitet, vgl. das Bsp. oben A I 1 b = S. 2, aus diesem Grunde werden hier die §§ 212, 222, 223, 230 StGB kumulativ zitiert

3) BGHSt 6, 288, Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15

4) Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3028; Weißbauer, Referat 52. DJT, S. I 29

namentlich bei Operationen¹ - ist im Hinblick auf sein Gelingen immer riskantes Handeln².

Für den Arzt entsteht hiermit eine erhebliche Gefahr, für den Mißerfolg seiner Tätigkeit zur Rechenschaft gezogen zu werden. Diese Gefahr wird noch dadurch erhöht, daß das Recht dem Arzt nicht für jede zu treffende Entscheidung eindeutige Maßstäbe geben kann und die rechtliche Bewältigung medizinischer Entwicklungen stets hinter dem Fortschritt dieser Wissenschaft zurückhängt. Die ärztliche Entscheidung ist häufig eine Gewissensentscheidung, die das Recht - insbesondere auch das Strafrecht - bei der Aufstellung seiner Sorgfaltsmaßstäbe berücksichtigen und anerkennen muß³.

dd) Im Bereich der Therapiefreiheit spielen neben den Interessen und Rechtsgütern des einzelnen Patienten und des Arztes auch die Interessen der Allgemeinheit eine Rolle.

Im Interesse der Allgemeinheit darf die Anwendung der Strafgesetze nicht den medizinischen Fortschritt blockieren. Verhindert werden muß auch die Gefahr einer defensiven Medizin, d.h. einer Medizin, bei welcher die Furcht vor strafrechtlicher Sanktion den Arzt davon abhält, Behandlungsrisiken⁴ einzugehen, die zum Wohle des einzelnen Patienten geboten sind und eine Fortentwicklung der Medizin im Interesse der Allgemeinheit ermöglichen. Schließlich müssen überspannte Sicherheitsvorkehrungen im

1) Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1324

2) Arbeitskreis Ärzte und Juristen, Der Krankenhausarzt, 1975, 420; Gallwas NJW 1976, 1134; Schulz Med. Klin. 61 (1966), 1947, 1948; Wachsmuth, Arzt- und Arzneimittelrecht, 1977, 179, 181

3) Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 180, 183

4) Vgl. vorstehend unter cc - S. 11f

Zeichen einer defensiven Medizin vermieden werden, weil sie die Effektivität der ärztlichen Versorgung einschränken und den einzelnen Kranken unnötig belasten¹.

ee) Die Maßstäbe für die Eingrenzung der ärztlichen Therapiefreiheit aus der Sicht des Strafrechts hängen somit von vielfältigen rechtspolitischen Forderungen ab. Gerade das macht es aber notwendig, solche Maßstäbe zu entwickeln.

e) Um die Bedeutung des Themas plastisch zu machen, sei noch kurz ein Blick auf die prozessuale Lage geworfen.

Sowohl im Strafverfahren als auch im Zivilverfahren bedarf der Richter als Gehilfen für seine Entscheidung fast ausnahmslos des Gutachtens eines medizinischen Sachverständigen, weil es ihm selbst an ausreichender Sachkunde fehlt²; Deshalb wird sich der Richter nicht oder nur äußerst selten über die Beurteilung durch den Sachverständigen hinwegsetzen³. Die Entscheidung der Rechtssache beruht damit weitgehend auf der Beurteilung der sachverständigen Ärzte⁴.

Für das Strafrecht und namentlich für die Frage der Einhaltung der Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit ließe sich aus diesem Grunde erwägen, ob nicht den medizinischen

1) Vgl. Baur, Der Krankenhausarzt, 1975, 419, Friel, Arbeit u. Sozialpolitik 1976, 320, 321, Wachsmuth, Arzt u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 181, Weyers, Gutachten 52. DJT, S.A 71

2) Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 773; Schulz, Kriminalistik, 1973, 64, 65; ders., Arzt vor dem Richter, S. 158; Stolz, Der Krankenhausarzt, 1975, 445; Uhlenbruck, Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 440, 442; Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, S. 59

3) Kleinknecht aaO., Uhlenbruck aaO.

4) Kleinknecht aaO.

Sachverständigen die bindende Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers überantwortet werden sollte¹. Dagegen spricht aber, daß dann die Entscheidung eines Strafprozesses teilweise auf einen Nicht-Richter verlagert würde². Es kommt vielmehr darauf an, daß der Sachverständige es versteht, den Richter hinreichend zu informieren. Dabei muß er den unterschiedlichen Verständnishorizont von Arzt und Juristen berücksichtigen und die hier bestehenden Verständigungsschwierigkeiten zu überwinden suchen³. Dem allein verantwortlichen Richter seinerseits stellt sich die Aufgabe, dem Gutachter klare Fragen zu stellen⁴. Für das Formulieren dieser Fragen und die zutreffende rechtliche Bewertung der erhaltenen Antworten benötigt der Richter aber klare juristische Maßstäbe. Nur so kann er sich seine Überzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme und damit auch über die Strafbarkeit und die Strafwürdigkeit eines Verhaltens bilden.

Das Problem der vielerörterten Befangenheit und Voreingenommenheit der sachverständigen Ärzte ist demgegenüber eine Sache der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall⁵.

1) Schreiber/Müller-Dethard Dt. Ärztebl. 1977, 373; vgl. auch die grundsätzliche Kontroverse von Schröder, Referat zum 43. DJT, S.E 16, 77 u. Eb. Schmidt JZ 1961, 585 - zu einer ähnlichen Regelung in dem neuen "Malpractice"-Gesetz des Staates Indiana (USA) vgl. Schweisheimer Mat. Med. Nordm. 32 (1980), 39f

2) Schreiber/Müller-Dethard aaO.

3) Vgl. Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 96; Wuermeling, Jurist. u. ärztl.-naturwiss. Denken, S. 610ff, 622

4) Dazu Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3027; vgl. auch Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2279

5) Dazu Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 773; Weyers, Gutachten 52. DJT, S.A 95f; vgl. auch Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 182, 183

f) Der Kunstfehler durch Verletzung der Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit bedarf nach den vorstehenden Ausführungen einer gründlichen juristischen Würdigung, zumal die Risiken, die zulässigerweise vom Arzt eingegangen werden können, zu den Grundfragen der Rechtsverantwortlichkeit im Gesundheitswesen gehören¹. Diese juristische Würdigung darf einerseits die ärztliche Entscheidungsfreiheit nicht durch ein Übermaß an Anforderungen zu weit einengen², sie kann auch nicht die Besonderheiten jedes Einzelfalles erfassen; es lassen sich andererseits aber im medizinischen Bereich durchaus verbindliche rechtliche Kriterien aufstellen³. Damit soll dem Recht nicht die Aufgabe zugewiesen werden, den Leistungsstandard der Medizin zu bestimmen⁴. Das Recht - namentlich aber das Strafrecht - muß für den Arzt einen Orientierungsrahmen schaffen, an dem er sein Verhalten ausrichten kann. Wenn das Recht darüber hinaus noch eine sinnvolle Lenkungsfunktion entfalten könnte, indem es den Arzt zu wissenschaftsgemäßigem Verhalten anhält⁵, würde es seine Aufgabe voll ausschöpfen. Diesen Versuch will die vorliegende Arbeit für das Strafrecht unternehmen.

1) Jaromir, Der ärzt. Kunstfehler, S. 18

2) Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 775;

3) Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 130 für die Organtransplantation

4) Dagegen Weyers, Gutachten 52. DJT, S.A 122

5) Dazu Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 20

2) Bedeutung des Begriffes des ärztlichen Kunstfehlers

Im Zusammenhang mit ärztlichen Fehlern und damit auch mit den strafrechtlichen Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit wird in Literatur und Rechtsprechung immer wieder der Begriff des "Kunstfehlers" verwendet. Wenn dieser Begriff auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit Verwendung finden soll, so bedarf es der Prüfung seiner Berechtigung und der Präzisierung seines Inhalts.

a) Teilweise wird schon der Begriff des Kunstfehlers als verfehlt und irreführend abgelehnt¹ und angeregt, ihn durch die Bezeichnung "Behandlungsfehler"² oder "ärztlicher Berufsfehler"³ zu ersetzen.

Die Kritik richtet sich zunächst gegen die sprachlich veraltete Einordnung der ärztlichen Tätigkeit als "Kunst"⁴. Sie meint darüber hinaus, daß der Begriff Kunstfehler eine Beziehung zu den Regeln der ärztlichen Wissenschaft (Kunst) herstelle und damit zu einer schematisierenden Beurteilung ärztlichen Verhaltens verleite⁵. Zwar läßt sich der Wert der neuen Bezeichnungen für eine Versachlichung der Auseinandersetzung um die juristische Erfassung ärztlichen Fehlverhaltens nicht in Abrede stellen. Dennoch sollte an

1) Arbeitskreis Ärzte und Juristen, Der Krankenhausarzt, 1975, 420; Deutsch NJW 1976, 2289, 2291; Perret Med. Klin. 71 (1976), 2090; Schreiber Med. Sach. 72 (1976), 71, 72f; Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 420

2) Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422 - Verwendung dieser Bezeichnung auch bei Stolz, Der Krankenhausarzt, 1975, 445 S. 445ff

3) Deutsch NJW 1976, 2289, 2291

4) Deutsch NJW 1976, 2289, 2291; Schreiber Med. Sach. 72 (1976), 71, 72f

5) Arbeitskreis Ärzte u. Juristen, Der Krankenhausarzt, 1975, 420; Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422

dem Begriff des Kunstfehlers festgehalten werden, da er in die juristisch-medizinische Diskussion seit langem eingeführt ist¹ und den angeführten Bedenken durch eine sachgerechte Inhaltsbestimmung Rechnung getragen werden kann².

b) Erforderlich ist eine genaue Untersuchung, was unter einem Kunstfehler zu verstehen ist; hierzu werden in der Literatur zahlreiche Vorschläge erörtert³.

aa) Eine weit verbreitete Meinung definiert den Kunstfehler als den Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft⁴, wobei Unterschiede danach gemacht werden, ob die Regeln anerkannt⁵, allgemein anerkannt⁶ oder generell geübt und nicht im Streit befindlich⁷ sein müssen.

1) Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18; Liertz /Paffrath, Arztrecht, S. 264; Pribilla Dt. Ärztebl. 1974, 3078, 3079

2) Für Reduzierung des Kunstfehlerbegriffs auf elementare ärztliche Fehler: Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 18; Deutsch NJW 1976, 2289, 2291, 2292

3) Vgl. insbesondere Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3026; s. auch v. Brandis/Pribilla, Arzt u. Kunstfehler-vorwurf, S. 12; Köster, Haftung des Arztes, S. 94f; Kröning, Bedeutung des Kunstfehlers, S. 5ff; Pribilla Dt. Ärztebl. 1974, 3078

4) Berg, Rechtsmedizin, S. 50; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 86; v. Brandis/Pribilla, Arzt u. Kunstfehler-vorwurf, S. 12; Deutsch NJW 1976, 2289, 2291, 2292; Gaisbauer, Die Versicherungspraxis, 1976, 223; Giesen, Die zivilrechtl. Haftung des Arztes, S. 12f; Isele, Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes, S. 13; Orschekowski, Kunstfehler aus strafrechtl. Sicht, S. 72, 73, 77; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 158; Spann/Liebhardt, in: Lehrbuch der Rechtsmedizin, S. 281; Stolz, Der Krankenhausarzt, 1975, 445

5) So etwa Spann/Liebhardt aaO.

6) So etwa Stolz aaO.

7) So Deutsch aaO.

Gegen diese Inhaltsbestimmung wird vorgebracht, sie wolle den Arzt an starre Verhaltensregeln binden, werde damit der Vielfalt und Eigenart ärztlichen Handelns nicht gerecht und hemme den medizinischen Fortschritt¹. Von anderen wird bemängelt, daß mit dieser Definition unsachgemäßes ärztliches Verhalten ohne Notwendigkeit nur insoweit erfaßt würde, als wissenschaftliche ärztliche Regeln existierten².

Den dargestellten Bedenken gegen die hier diskutierte Definition des Kunstfehlers ist beizupflichten, denn die mit dieser Definition verknüpfte juristische Wertung unterliegt erheblichen Bedenken: Sie ist zu eng und läßt der Beurteilung im Einzelfall zu wenig Spielraum.

bb) Die Einbeziehung von Wertungen in den Kunstfehlerbegriff könnte möglicherweise von der Meinung vollständig vermieden werden, die im Kunstfehler lediglich die Bezeichnung für einen Sachverhalt sieht³. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß der Begriff Kunstfehler die tatsächliche Feststellung bedeutet, es seien in einem bestimmten Einzelfall vom medizinischen Standpunkt aus Fehler gemacht worden.

Diese Begriffsbestimmung kann aber ihrerseits nicht überzeugen. Zwar verlangt sie ausdrücklich keine juristische Wertung, erforderlich ist aber die medizinische Beurteilung, die zur Annahme eines Kunstfehlers führt.

1) Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3026f; Schreiber Med. Sach. 72 (1976), 71, 72

2) Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1339; Kröning, Bedeutung des Kunstfehlers, S. 16ff - insbesondere S. 18-20; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 138

3) Pribilla Dt. Ärztebl. 1974, 3078, 3079; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 138

Die medizinische Beurteilung ärztlichen Vorgehens läßt sich aber von seiner juristischen Bewertung nicht klar trennen. Zwar stellen die rechtliche und medizinische Beurteilung eines Vorgehens jeweils besondere Bewertungsstufen dar. Die juristische Bewertung ärztlichen Verhaltens aber - mögen bei ihr auch noch weitere Momente hinzutreten - gründet sich doch entscheidend auf das Urteil, es sei medizinisch fehlerhaft. Aus diesen Überlegungen folgt, daß es nicht angehen kann, das medizinische Urteil als Faktum, als Bezeichnung für einen Sachverhalt, einzuordnen¹.

cc) Nach den vorstehenden Ausführungen erscheint es zutreffend, keine eigenständige juristisch-medizinische Definition des Kunstfehlers zu suchen, sondern in Übereinstimmung mit der strafrechtlichen Erfassung anderer Lebensbereiche den Kunstfehler als Außerachtlassung der im Verkehr (d.h. bei der medizinischen Behandlung) objektiv erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen². So erhält man einen anerkannten normativen Ausgangspunkt, der für den medizinisch-juristischen Grenzbereich aber keine bestimmten Wertungen enthält, sondern der Konkretisierung und Fallgruppenbildung offensteht.

(1) Entscheidend ist somit, was die Formel von der Außerachtlassung der im Verkehr objektiv erforderlichen Sorgfalt für die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit bedeutet. Die ärztliche Therapiefreiheit endet dort, wo es für ein Verhalten des Arztes (Tun oder

1) Schreiber Med. Sach. 72 (1976), 71, 72

2) Englisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1339; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 132ff; Kinzel, Transfusion und Transplantation, S. 82, 83, 84; König JW 1938, 345; ähnlich aber unpräzise: Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 137; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 232

Unterlassen) keine objektive Indikation mehr gibt, das Vorgehen also medizinisch eindeutig nicht mehr angezeigt ist¹. Der objektive Sorgfaltsverstoß im Rahmen der Therapiefreiheit besteht daher im Fehlen der objektiven Indikation².

(2) Ärztliche Therapie kann aber nicht stets unter optimalen oder annähernd ähnlichen Bedingungen ausgeübt werden. Schlechte äußere Bedingungen allein dürfen jedoch nicht zur Annahme eines Kunstfehlers führen. Die Begriffsbestimmung des Kunstfehlers ist deshalb dahin zu präzisieren, daß es auf die Außerachtlassung der im Verkehr (bei der medizinischen Behandlung) objektiv erforderlichen Sorgfalt entsprechend den konkreten Verhältnissen ankommt³.

c) Zu klären ist noch das Verhältnis des eben entwickelten Kunstfehlerbegriffes zur ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung und zum ärztlichen Verschulden.

aa) Immer wieder wird ausgeführt, daß auch kunstgerechtes ärztliches Vorgehen eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen könne, während umgekehrt eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht immer auch ein Kunstfehler sein müsse⁴.

1) Vgl. Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, S. 269 - Indikation: Heilanzeige, Umstand oder Anzeichen, aus dem die Anwendung bestimmter Heilmittel oder Behandlungsmethoden angezeigt erscheint.

2) Vgl. auch Engisch MSchrKrimBiol. 30 (1939), 414, 416

3) So: Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1339; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 131f; vgl. auch Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 138

4) RG JW 1935, 115 Nr. 3; RG HRR 1931, 1748 (beide Urteile allerdings unter dort unzut. Anknüpfung an das Verschulden); Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 86; Gritschneider, Patient, Arzt, Versicherung, S. 159 - Stichwort: Kunstfehler; Lackner StGB, Anm. III 1 a aa zu § 15; Für das Zivilrecht: Deutsch NJW 1976, 2289, 2292

Diese Differenzierungen beruhen aber auf der Definition des Kunstfehlers als eines Verstoßes gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Praxis¹. Sie werden entbehrlich, wenn man - wie hier - Sorgfaltspflichtverletzung und Kunstfehler synonym setzt. Auch die bessere Übersichtlichkeit spricht also für die im Rahmen dieser Arbeit gefundene Lösung.

bb) Es fragt sich weiter, wie sich der ärztliche Kunstfehler (Sorgfaltspflichtverletzung) zum Verschulden des Arztes verhält.

Eine Gleichsetzung von Kunstfehler und Verschulden verbietet sich², weil im Strafrecht der Kunstfehler nach objektiven Maßstäben, das Verschulden aber individuell festzustellen ist³. Eine eigenständige Untersuchung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist insbesondere beim Arzt erforderlich, denn diesem kann angesichts der Komplexität seiner Aufgabe nicht jeder Sorgfaltsverstoß persönlich zum Vorwurf gemacht werden⁴. Der Kunstfehler ist somit zwar Voraussetzung des Verschuldens, das Verschulden ergibt sich aber nicht notwendigerweise aus der Feststellung eines Kunstfehlers⁵.

1) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 136f; Krüning, Bedeutung des Kunstfehlers, S. 17-19

2) Anders aber für die zivilrechtliche Fahrlässigkeit, § 276 I, 1 BGB: Köster, Haftung des Arztes, S. 95

3) So nicht nur die strafrechtliche Literatur zum Arztrecht: v. Brandis/Pribilla, Arzt u. Kunstfehlervorwurf, S. 13; Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 21, 27; Krüning, Bedeutung des Kunstfehlers, S. 8f; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 264; Ramm, Ärztl. Rechts- u. Standeskunde, S. 176; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 139; Schreiber Med. Sach. 72 (1976), 71

4) V. Brandis/Pribilla, Arzt u. Kunstfehlervorwurf, S. 13; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S.131

5) Nach Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 265f allerdings regelmäßig

d) Für den Begriff des Kunstfehlers ist weiter wesentlich, aus welcher Perspektive der Richter das Verhalten des Arztes auf Fehlerhaftigkeit zu untersuchen hat.

Der Jurist bekommt den ärztlichen Behandlungsablauf regelmäßig ex post in Kenntnis aller eingetretenen Folgen unterbreitet¹. Der Arzt ist demgegenüber bei Therapie-
wahl und Behandlungsentscheidung auf eine Prognose angewiesen², viele Entwicklungen im Krankheitsverlauf sind für den Arzt objektiv nicht vorhersehbar und zufällig. Für den Arzt ist es angesichts dessen unzumutbar, wegen späterer, objektiv nicht vorhersehbarer, Entwicklungen in der Krankheit dem Risiko einer etwaigen Strafbarkeit ausgesetzt zu sein. Deshalb muß der Richter für die Überprüfung, ob das ärztliche Vorgehen objektiv sorgfaltsgemäß gewesen ist, auf den Zeitpunkt der Behandlungsentscheidung des Arztes abstellen (ex-ante-Betrachtung)³. Eine ex-post-Betrachtung ist nur zulässig, soweit neuere Entwicklungen in Wissenschaft und Forschung zugunsten des Arztes sprechen⁴, zu seinen Lasten dürfen sie aber nie herangezogen werden⁵.

1) Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2282

2) Ludolph aaO.

3) Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3027; Engisch ZStW 58 (1938), 1, 9 mit Nachweisen auch für eine Überholte - Gegenmeinung; ders., MSchrKrimBiol. 30 (1939), 414, 420; ders., Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1328; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 13; Kröning, Bedeutung des Kunstfehlers, S. 21; Schulz, Kriminalistik, 1973, 64, 65; Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, S. 51

4) EGH NJW 1962, 1780, 1781 - Issels-Fall

5) Vgl. nur Kröning aaO.

e) Da die vorliegende Arbeit den Begriff des Kunstfehlers mit dem der Sorgfaltspflichtverletzung gleichsetzt, könnte es schließlich noch geboten sein, zu der systematischen und dogmatischen Einordnung der Sorgfaltspflichtverletzung Stellung zu nehmen¹. Dagegen spricht aber, daß diese Frage für das eigentliche Thema, die Konkretisierung der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, nur von untergeordneter Bedeutung ist². Deshalb soll eine entsprechende Erörterung unterbleiben. Entscheidend für die vorliegende Arbeit ist, daß sie von einem klar definierten Begriff des Kunstfehlers ausgehen kann.

1) Das gilt namentlich für die hier vorrangig angesprochenen Fahrlässigkeitsdelikte - s.o.

2) Zu diesen Fragen vgl. nur: Lackner, StGB, Anm. III 1 a aa zu § 15; Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 108ff zu § 15; SK-Samson, StGB, Rdn 6ff zu Anh. zu § 16

II) Abgrenzung des Themas

1) Grenzziehung zum medizinischen Experiment

Für eine sinnvolle Behandlung des Themas bleibt zu klären, wann überhaupt eine ärztliche Therapie vorliegt. Die - äußeren - Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit sind überschritten, wenn der Arzt den Patienten nicht mehr behandelt, sondern experimentiert. Die ärztliche Therapiefreiheit ist deshalb zunächst vom Experiment her, das seinen eigenen Regeln folgt¹, negativ einzugrenzen.

a) aa) Als Experiment² könnte man allerdings prinzipiell jede ärztliche Maßnahme einstufen³, denn Erfolg oder Mißerfolg ärztlicher Maßnahmen sind stets ungewiß⁴, zudem ist jede ärztliche Maßnahme geeignet, das Erfahrungswissen der medizinischen Wissenschaft zu erweitern⁵.

Eine solche Argumentation wäre aber schon mit dem allgemeinen Sprachgebrauch kaum vereinbar⁶; sie erkennt, daß der Arzt seine Erfolge aufgrund von Vorkenntnissen und

1) Vgl. dazu namentlich die Revidierte Deklaration von Helsinki, Beschluß der 29. Generalversammlung des Weltärztebundes - abgedruckt in BAnz Nr. 152 v. 14.8.1976 S. 3f, Dt. Ärztebl. 1975, 3162; ausführlich zum Humanexperiment: Eser, Schröder-Gedächtnisschrift, S. 191, Fischer, Medizinische Versuche, insbes. S. 7ff u. Schimikowski, Experiment am Menschen

2) Zur etymologischen Herleitung dieses Begriffes: Gebauer, Zulässigkeit ärztlicher Experimente, S. 30

3) Dazu vgl. Böth NJW 1967, 1493, 1494; Deutsch NJW 1978, 570; Meyers, The human body and the law, S. 71; Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 32f

4) Böth, Deutsch, Gebauer, Meyers aaO.

5) Gebauer aaO. S. 33

6) Gebauer aaO.

einer auf Erfahrung beruhenden Prognose erwarten darf¹, schließlich hat sie auch keinerlei praktischen Nutzen.

bb) Als Experiment könnte man ferner jede erstmalige Anwendung eines Heilverfahrens am Menschen definieren². Dagegen ist aber einzuwenden, daß solche Neulandbehandlungen³ regelmäßig nur aufgrund eingehender Vorversuche praktiziert werden; sie unterscheiden sich von bereits eingeführten Verfahren nur dadurch, daß sie nicht auf bestehende Erfahrungen zurückgreifen können, identisch ist aber jedenfalls der Heilzweck⁴. Eine Gleichsetzung mit dem außerhalb der ärztlichen Therapie liegenden medizinischen Experiment verbietet sich daher.

cc) Als Abgrenzungskriterium zwischen Experiment und Heilbehandlung könnte man weiter das Merkmal der Standardisierung einer Methode heranziehen⁵. Das ist jedoch abzulehnen, denn der Begriff der Standardisierung ist sehr eng; er würde deshalb den Bereich des medizinischen Experiments unangemessen ausweiten. Es ist sogar zweifelhaft, ob bei dieser Begriffsbestimmung neben den Neulandbehandlungen nicht auch die medizinischen Außenseitermethoden aus dem Begriff der Heilbehandlung herausfallen

1) Gebauer aaO.

2) Zu dieser Möglichkeit vgl.: Brendel, Organtransplantation, S. 62; v. Bubnoff GA 1968, 65, 77; Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 34ff - insbesondere S. 42f; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 21; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 129; Stooß, Chirurgische Operation, S. 77

3) Zu diesem Begriff vgl. schon oben A I 1 a = S.1 mit Fußn. 1

4) Vgl. insbesondere v. Bubnoff, Gebauer, Goller, Henninger, Stooß aaO.

5) Deutsch NJW 1978, 570; Laufs NJW 1978, 1177, 1179 - im folgenden dann aber stärker subjektive Kriterien; Sch-Sch-Eser, StGB, spricht vom experimentellen Charakter ungesicherter Verfahren

würden. Schließlich bereitet die Konkretisierung des Merkmals der Standardisierung erhebliche Schwierigkeiten.

dd) Zu erwägen ist, ob als Ansatzpunkt zur Abgrenzung von Heilbehandlung und Experiment die Definition der Heilbehandlung in § 161 des Entwurfes eines Strafgesetzbuches von 1960 (E 60) und 1962 (E 62)¹ fruchtbar gemacht werden kann². Danach sind Heilbehandlung Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern³.

Namentlich die Grundsätze eines gewissenhaften Arztes könnten hier einen brauchbaren Maßstab zur Unterscheidung der Heilbehandlung vom Experiment liefern⁴. Dafür maßgeblich ist ihre Auslegung. Nach dem Willen der Gesetzesverfasser sollten die Grundsätze eines gewissenhaften Arztes den Arzt bei Neulandbehandlungen zur Beachtung der wissenschaftlich-technischen und ethischen Grundsätze seines Berufs verpflichten⁵. Beide Kriterien könnten grundsätzlich geeignet sein, eine Abgrenzung vom Experiment zu leisten.

1) E 1960 = Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BRats-Drucks. 270/60, BT-Drucks. III/2150; E 1962 = Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucks. IV/650, inhaltsgleich mit Initiativentwurf ohne Begründung BT-Drucks. V/32; - beide Entwürfe weisen wesentliche Abweichungen auf, zwischen § 161 E 1960 und E 1962 bestehen aber nur unerhebliche Formulierungsunterschiede

2) Korthals, Organtransplantation, S. 7ff begründet anhand des § 161 E 62, daß die Organtransplantation Heilbehandlung sei

3) So § 161 E 62 - etwas abweichend § 161 E 60

4) Hayler, Wandlungen, S. 50f; vgl. auch Hagedorn Strafgesetzbuch-Entwurf 1962, S. 24

5) BT-Drucks. IV/650 S.298; vgl. auch Hagedorn aaO. S. 24,29

Der Gesetzesverfasser verfolgte aber mit der Erwähnung der Grundsätze eines gewissenhaften Arztes die Absicht, die Rechtsprechung in die Lage zu versetzen, bestimmte schwerwiegende Behandlungsarten nur bei Einwilligung des Patienten als Heilbehandlung anzuerkennen¹. Dies kommt etwa in Betracht, wenn die ärztliche Standesethik die betreffenden Behandlungsarten nur mit Einwilligung des Patienten als kunstgerecht ansieht². Fragen des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten haben jedoch mit der Abgrenzung Heilbehandlung - Experiment nichts zu tun. Dies spricht indes nicht schon entscheidend dagegen, § 161 E 60/62 zur Lösung des genannten Problems heranzuziehen, da der Gesichtspunkt der Einwilligung im Gesetzestext des § 161 E 60/62 keinen Niederschlag gefunden hat.

Der Gesetzestext des § 161 E 60/62 stellt aber darauf ab, daß die Behandlungen zu den erwähnten Heilzwecken nach den "Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde" und den "Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes" objektiv "angezeigt" sind und subjektiv "vorgenommen" werden³. Daraus folgt, daß unter den Heilbehandlungen im technischen Sinne nur die medizinisch angezeigten und kunstgerecht sowie mit Heilungstendenz vorgenommenen Behandlungen zu verstehen, hingegen Kunstfehler in der Diagnose oder Therapie aus dem Begriff ausgeschieden sind⁴. Die Grenzziehung zwischen kunstgemäßer und kunstfehlerhafter Behandlung unterscheidet sich jedoch wesentlich von der Abgrenzung zwischen Heilbehandlung und Experiment. Beide Fragestellungen dürfen nicht miteinander vermengt werden. Deshalb erscheint es

1) BT-Drucks. IV/650 S. 298

2) BT-Drucks. aaO.

3) BT-Drucks. aaO.

4) BT-Drucks. aaO.

nicht angebracht, Heilbehandlung und Experiment am Maßstab des § 161 E 60/62 gegeneinander abzugrenzen.

ee) Zur Begriffsbestimmung des Experimentes ließe sich auch an eine Kombination objektiver und subjektiver Kriterien denken. Danach wäre das Experiment objektiv zu beschreiben als ein nach aufgestellten Regeln herbeigeführtes Geschehen. Dieses Geschehen muß subjektiv vom Willen des handelnden Arztes oder Versuchsleiters getragen sein. Ziel der Verantwortlichen muß die Bestätigung theoretischer Überlegungen oder die Auffindung nicht hinreichend bekannter Naturgesetze im menschlichen Organismus sein¹.

Die angeführte Definition kann jedoch nicht überzeugen. Sie ist zum einen nicht klar genug²: So steht nicht fest, welche Qualität die "aufgestellten Regeln" haben müssen und welcher Art das "herbeigeführte Geschehen" sein muß. Zum anderen ergeben sich unbeantwortete Zweifelsfälle, wenn ein Arzt neben der wissenschaftlichen Zielsetzung auch den einzelnen Patienten heilen will. Hier fragt sich erneut, wo die ärztliche Heilbehandlung endet und das medizinische Experiment beginnt.

ff) Deshalb ist es angebracht, Heilbehandlung und Experiment lediglich subjektiv voneinander abzugrenzen: Die Heilbehandlung ist dadurch charakterisiert, daß bei ihr ein konkreter therapeutischer Zweck - die Heilung oder die Linderung der Leiden eines bestimmten Patienten - im Vordergrund steht; beim Humanexperiment steht demgegenüber

1) Beling ZStW 44 (1924), 220, 235; Böth NJW 1967, 1493, 1494; Meyers, The human body and the law, S. 71; Stooß, Chirurgische Operation, S. 78; vgl. auch die biologisch-wissenschaftliche Definition des Experimentes bei Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 31

2) Vgl. auch Gebauer aaO.

eine regelmäßig im Allgemeininteresse verfolgte wissenschaftliche Zielsetzung im Vordergrund¹. Diagnostik und Prävention können ebenfalls einen konkreten therapeutischen Zweck verfolgen. Beide Bereiche ärztlichen Handelns sind aber nicht Thema dieser Arbeit.

Die angeführte Definition des Experiments hat den Vorteil, daß sie eine klare Grenzziehung zwischen Heilbehandlung und Experiment ermöglicht. Als Indiz für die Ermittlung der ärztlichen Zielsetzung kann mit der eben abgelehnten Meinung² darauf abgestellt werden, ob der Arzt nach bestimmten Regeln vorgeht, um eigene oder fremde theoretische Überlegungen zu bestätigen oder nicht hinreichend bekannte Naturgesetze im menschlichen Organismus aufzufinden. Im Zweifel ist der Heilwille - in dubio pro reo - anzunehmen, weil sich der Arzt bei Annahme eines Heilwillens besser steht. Das prinzipiell zulässige Humanexperiment unterliegt nämlich den denkbar strengsten Regeln³, weil es nicht auf eine Förderung der Gesundheit bei der Testperson ausgerichtet ist, sondern für diese im Gegenteil erhebliche Gefahren mit sich bringen kann.

Zwar wird hier der Bereich ärztlicher Therapie weit gezogen; damit wird der Arzt aber nicht unsachgemäß von strafrechtlicher Verantwortlichkeit freigestellt. Auch

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 119 - FN 2
Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 38; Engisch
MSchrKrimBiol. 30 (1939), 414, 416; Eser, Schröder-
Gedächtnisschrift, S. 198f; Gebauer, Zulässigkeit
ärztl. Experimente, besonders S. 42, 45, 76; Goller,
Ärztl. Heileingriff, S. 21; Schimikowski, Experiment,
S. 8; vgl. auch: aus der Rspr. BGH VersR 1956, 222,
223; Giesen, Haftung des Arztes, S. 18; Laufs NJW 1978,
1177, 1179; Stooß, Chirurgische Op., S. 5

2) Vgl. oben ee = S. 28

3) Vgl. A II 1 vor a = S. 24 mit Fußn. 1

wenn schon aufgrund subjektiver Heilungstendenz¹ eine Heilbehandlung bejaht wird, ist ein strafrechtlicher Vorwurf gegen den Arzt doch nur dann ausgeschlossen, wenn die Behandlung zugleich objektiv indiziert war und kunstgerecht durchgeführt wurde². Festzuhalten ist also, daß die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit überschritten sind³, wenn der Arzt nicht mit Heilwillen handelt. Fehlt dem Arzt der Heilwille, so richtet sich die Frage seiner Strafbarkeit danach, ob sein Vorgehen den Anforderungen an ein Humanexperiment genügt. Bei bestehendem Heilwillen ist die nicht ordnungsgemäße Durchführung der Therapie allein eine Frage des Kunstfehlervorwurfes.

b) In einem Sonderfall bereitet die Anwendung des eben erarbeiteten subjektiven Maßstabes aber Schwierigkeiten. Es handelt sich um die Verordnung von Placebos und den Doppelblindversuch bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln.

aa) Placebos sind Scheinmedikamente ohne jede pharmazeutisch wirksame Substanz⁴. Sie können dem Patienten isoliert oder im Rahmen eines Doppelblindversuches verabfolgt

1) Einschränkungende zusätzliche Kriterien aber bei Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 9ff, 12 - gewisser Gegensatz zu den Ausführungen S. 21, vgl. vorstehend S. 29 Fußn. 1, wo Goller nur auf subjektive Kriterien abstellt

2) Engisch MSchrKrimBiol. 30 (1939), 414, 416

3) Vgl. auch die Differenzierung zwischen Ermessensmißbrauch und Ermessensüberschreitung in der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre, s. dazu: Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 84; Knack-Busch, VwVfG, Anm. 9.3 u. 9.4 zu § 40 VwVfG; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 II d 1a, § 31 II d 2 = S. 199f; Stelkens-Bonk-Leonhardt, VwVfG, Rdn 18ff - insbes. Rdn 19, 23 zu § 40 VwVfG

4) Aschenbrenner Dt. Ärztebl., 1975, 671, 672; Giesen, Haftung des Arztes, S. 24; Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1096f; Koeppe Med. Klin. 62 (1967), 1461, 1462; Köster, Arzthaftung, S. 74; Samson NJW 1978, 1182, 1183

werden. Beim Doppelblindversuch erhält ein Teil der Patienten ein neues Medikament, während der andere Teil mit Placebos oder einem Standardpräparat behandelt wird, damit auf diese Weise die Wirksamkeit des neuen Arzneimittels getestet werden kann. Um subjektive Einflüsse auszuschalten, wissen die Patienten nicht, welches Präparat sie erhalten (einfacher Blindversuch); regelmäßig hat aber nicht einmal der Arzt, sondern nur der Versuchsleiter Kenntnis hiervon (Doppelblindversuch)¹.

bb) Es fragt sich, ob man bei den beschriebenen Methoden schon von der Durchführung von Experimenten sprechen kann.

(1) Die isolierte Anwendung von Placebos kann insbesondere in der Psychiatrie und bei psychisch bedingten Krankheiten Heilerfolge beim Patienten bewirken². Ist das vom Arzt auch bezweckt, so liegt eine Heilbehandlung vor³.

(2) Schwieriger ist die Einordnung der Doppelblindversuche. Teilweise werden sie generell als wissenschaftliche Forschung⁴ und damit als Experiment qualifiziert.

(a) Betrachtet man zunächst den Doppelblindversuch gegen ein Placebo, so sind zwei Sachverhaltsgestaltungen zu

1) Deutsch JZ 1980, 289, 290; Giesen, Haftung des Arztes, S. 24; Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 56; Samson NJW 1978, 1182, 1183

2) Fischer, Medizinische Versuche, S. 52; Giesen, Haftung des Arztes, S. 24; Kohlhaas DMW 1970, 1797; Samson NJW 1978, 1182, 1183; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 182; vom medizinischen Standpunkt aus anders Pflanz DMW 1970, 2044, dazu Kohlhaas DMW 1970, 2045

3) Vgl. nur Kohlhaas DMW 1970, 1797; Schimikowski, Experiment, S. 9

4) Giesen, Haftung des Arztes, S. 25

unterscheiden¹: Mit dem Placebo als Vergleichspräparat sollen therapeutische Zwecke verfolgt werden² oder das Placebo ist - vom Arzt bewußt in Kauf genommen - ein therapeutisch wertloses Leerpräparat, d.h. ihm fehlt im konkreten Fall jede Heilwirkung. Will der Arzt mit dem Testpräparat und dem Placebo Behandlungserfolge erzielen, ohne jedoch eine sichere Prognose stellen zu können, so sind therapeutischer und wissenschaftlicher Zweck gleichrangig. Das rechtfertigt es aber noch, von einer Heilbehandlung zu sprechen³. Anders ist es jedoch, wenn das Placebo als therapeutisch wertloses Leerpräparat eingesetzt wird. Hier nimmt der Arzt hinsichtlich jedes in die klinische Prüfung einbezogenen Patienten in Kauf, daß er nicht behandelt wird. Ein solcher vorsätzlicher Behandlungsverzicht im Interesse der Wissenschaft kennzeichnet aber gerade das Experiment⁴.

(b) Bei der Prüfung eines neuen Arzneimittels gegen ein Standardpräparat sind wissenschaftliche und therapeutische Zielsetzung wieder gleichrangig, so daß noch eine Heilbehandlung angenommen werden kann.

Placebo-Verordnung und klinische Prüfung von Arzneimitteln führen also nur dann zur Bejahung eines Experiments, wenn Placebos eingesetzt werden, obwohl von ihnen nicht einmal eine psychische Heilwirkung erwartet wird⁵. Alle übrigen Verfahren gehören in den Bereich ärztlicher Therapiefreiheit, wenn sie auch jeweils besondere Regeln erfordern.

1) Vgl. Samson NJW 1978, 1182, S. 1185 unter III 3 b; S. 1186 unter III 3 c

2) Vgl. soeben (1)

3) Vgl. auch Samson NJW 1978, 1182, 1186; es erfolgt auch eine Behandlung der Placebo-Gruppe

4) Vgl. Kohlhaas DMW 1970, 1797, 1798; Samson NJW 1978, 1182, 1185; Schimikowski, Experiment, S. 9

5) Hammans Dt. Ärztebl. 1978, 2608, 2613 hält ein solches Vorgehen sogar aufgrund des § 41 AMG (Voraussetzungen der klinischen Prüfung von Arzneimitteln) für verboten; zw.

c) Nicht zum Thema dieser Arbeit gehört eine Einordnung spezieller ärztlicher Behandlungsmaßnahmen, wie etwa kosmetischer Eingriffe, Sterilisationen, Kastrationen u.ä.¹. Damit ist nicht das Problem der Abgrenzung von Heilbehandlung und Experiment angesprochen. Es geht vielmehr um das Problem, ob in den angeführten Fällen überhaupt eine ärztlich zu behandelnde Krankheit vorliegt und verneinendenfalls, inwieweit ärztliche Maßnahmen ohne Indikation mit Einwilligung des Patienten zulässig sind. Die Notwendigkeit einer ärztlichen Therapie wird von dieser Arbeit jedoch vorausgesetzt. Das machte nur eine Konkretisierung der Grenzlinie zum medizinischen Experiment erforderlich, die überschritten ist, wenn der Arzt statt mit subjektivem Heilwillen allein im Interesse der Wissenschaft tätig wird.

1) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 14ff;
s. auch Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 50 zu § 223

- 2) Fehlende Notwendigkeit einer weiteren Differenzierung zwischen Heilbehandlung und Heilversuch im Rahmen der vorliegenden Arbeit

Das Thema der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit verlangt möglicherweise aber nicht nur eine Abgrenzung zwischen Heilbehandlung und Experiment, sondern auch eine Differenzierung zwischen ärztlicher Heilbehandlung im engeren Sinne und dem Heilversuch¹. Als Heilversuch sollen dabei die ersten Anwendungen eines Heilverfahrens am Menschen verstanden werden, der Heilversuch bezeichnet das Stadium der Erprobung des Heilverfahrens². Es ist jedoch zweifelhaft, ob allein die Tatsache der Praktizierung einer neuen Heilmethode es für die Konkretisierung der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit rechtfertigt, zwischen Heilbehandlung i.e.S. und Heilversuch zu unterscheiden. Dagegen spricht, daß der Heilversuch genau wie die Heilbehandlung i.e.S. sich vom Experiment nur durch den vom Arzt verfolgten therapeutischen Zweck abgrenzt³, die Grenzziehung zwischen Heilversuch und Heilbehandlung i.e.S. ihrerseits ist im tatsächlichen Bereich fließend⁴, denn zwischen beiden Kategorien besteht nur ein gradueller aber kein prinzipieller

1) Dafür: Deutsch NJW 1976, 2289, 2293; ders., Medizin u. Forschung, S. 35, 41f; Giesen, Haftung des Arztes, S. 25; Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 22 bis 26, insbes. S. 25; Laufs NJW 1977, 1081, 1084; ders., Arztrecht, Rdn. 231; Lindenschmidt, Chirurg, 50 (1979), 208; Sch-Sch-Eser StGB, Rdn 50 zu § 223; - eine solche Differenzierung verlangen nicht oder lehnen ab: Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 34ff, 42f; vgl. auch Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 51, 62f, 66, 72, 82; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 21

2) Deutsch, Giesen, Grahlmann aaO.

3) Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 25

4) Grahlmann aaO.

Unterschied¹. Will man aber den Heilversuch aus der Kategorie der Heilbehandlung herausnehmen, weil er medizinisch noch nicht anerkannt ist², so müßte Gleiches konsequenterweise für die ärztlichen Außenseitermethoden gelten. Das wird aber bislang nicht vertreten³. Eine Verwendung des Begriffes Heilversuch ist somit für die vorliegende Arbeit nicht nutzbringend, wenn er auch in anderem Zusammenhang durchaus seine Berechtigung haben mag. Den Besonderheiten der Anwendung neuer Heilverfahren kann im Rahmen der hier zu entwickelnden Maßstäbe für die ärztliche Methodenwahl Rechnung getragen werden, ohne daß dafür eine eigene Begriffskategorie mit eigenständig zu entwickelnden Rechtsfolgen erforderlich ist.

1) S. Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 42f

2) So Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 42

3) Vgl. allerdings im Rahmen dieser Arbeit später den Gliederungspunkt D II 1 c cc (2) (b) = S. 142ff

B) Stellungnahme der Rechtsprechung

Die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur selten grundlegend erörtert worden.

I) Als Anschauungsmaterial für die anschließenden Ausführungen seien die wichtigsten dieser Urteile hier kurz in Sachverhalt und tragenden Entscheidungsgründen wiedergegeben.

- 1) RG II. Strafsenat. Urt. v. 3. Juli 1930 -
RGSt 64, 263

In dieser Entscheidung ging es um die Strafbarkeit eines Maurers, der als Heilkundiger tätig war¹. Im konkret zu beurteilenden Fall war ein an Diphtherie erkranktes Kind gestorben, das der Angeklagte mit einem homöopathischen Mittel anstelle des üblicherweise verwandten Serums behandelt hatte. Die Zuziehung eines Arztes hatte der Heilkundige für nicht erforderlich erklärt, obwohl er - nach Feststellung des Berufungsgerichts - über keine besondere Sachkunde verfügte².

Das Berufungsgericht verurteilte den Heilkundigen wegen fahrlässiger Tötung, weil es den Meinungsstreit zwischen

1) Das Urteil stammt aus der Zeit, als in der Heilkunde noch die sog. Kurierfreiheit bestand. Diese galt aufgrund des § 29 GewO bis zum 13.12.1935, vgl. Trockel NJW 1979, 2329 Fußn. 2. Die sachlichen Kriterien sind aber zum größten Teil auf die heutige Situation problemlos übertragbar.

2) RG aaO. S. 264

allopathischen¹ und homöopathischen Sachverständigen zugunsten der weitaus Überwiegend vertretenen Allopathie und damit der Serumbehandlung entschied². Das Reichsgericht hob das auf dieser Begründung beruhende Berufungsurteil auf³. Zwar teilt es die Auffassung, daß ein Heilkundiger sich mit den Fortschritten der Medizin vertraut machen⁴ und die ihm als die wirksamste bekannte Behandlungsmethode anwenden müsse⁵. Das verpflichtete ihn aber nicht zur Wahl eines bestimmten Mittels; der Heilkundige könne vielmehr die Anwendung des Überwiegend als das wirksamste bekannten Mittels unterlassen, wenn er davon erhebliche anderweitige Gefahren für den Kranken befürchte oder er aus wohlerrwogenen Gründen an diese Wirksamkeit nicht glaube und die scheinbare Wirksamkeit auf andere Gründe zurückführe⁶. Das Reichsgericht verlangt also die Prüfung, ob sachliche Gründe für die Ansicht des medizinischen Außenseiters sprecher. Subjektiv muß der Heilkundige vom Wert der eingeschlagenen Methode überzeugt sein⁷. Die Frage, ob der Heilkundige zur Zuziehung eines in der Serumbehandlung erfahrenen Arztes raten mußte, hat das Reichsgericht der neuen Hauptverhandlung überlassen.

2) RG I. Strafsenat. Urt. v. 1. Dezember 1931 - RGSt 67,12

Diesem Urteil liegt die Behandlung einer Blinddarmentzündung durch einen Homöopathen⁸ zugrunde. Der Homöopath erklärte auf eine entsprechende Frage eine Operation der

1) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S.28; Allopathie: Bezeichnung f.d. herkömmliche Heilkunst (Schulmedizin; auf der Basis solcher Heilmittel, deren Wirkung den Krankheiten entgegen gerichtet ist) im Gegensatz zur Homöopathie

2) RG aaO. S. 267f

3) Vgl. RG aaO. S. 269ff

4) RG aaO. S. 269

5) RG aaO. S. 270

6) RG aaO. S. 270

7) RG aaO. S. 268, 270

8) Nichtärztl. Heilkundigen, das Urteil erging ebenfalls noch unter der Geltung der Kurierfreiheit, s.o. S.36, Fußn.1

Patientin für unnötig und verordnete Naturheilmittel und Umschläge. Verschlechterungen im Zustand der Kranken deutete er falsch. Die Patientin starb schließlich an einer im Anschluß an die Blinddarmentzündung entstandenen Bauchfellentzündung. Das Berufungsgericht verurteilte wegen fahrlässiger Tötung, das Reichsgericht hob diese Entscheidung auf¹.

Das Reichsgericht erwägt zunächst ein Übernahmeverschulden des Homöopathen² und stellt Grundsätze für dessen erforderliche Sachkunde auf³. Zur Therapiefreiheit wird ausgeführt, daß die allgemeinen oder weitaus Überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft (also: Operation bei Blinddarmentzündung) prinzipiell keine Vorzugstellung vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außenseiter oder nichtärztlicher Heilbehandler⁴ genießen (d.h. etwa Homöopathie bei Blinddarmentzündung)⁵. Diese sind aber bei Hervortreten bedrohlicher Anzeichen für einen Mißerfolg ihrer Behandlungsweise verpflichtet, diese aufzugeben und je nach den Umständen die Behandlung zu ändern oder einen Arzt oder einen Facharzt beizuziehen⁶. Für ihre Außenseitermethode müssen sie sachliche Gründe haben⁷.

Zur entsprechenden Aufklärungspflicht wird die Ansicht vertreten, daß der Arzt oder nichtärztliche Heilbehandler jedenfalls bei entsprechender Frage des Patienten auf

1) RGSt 67, 12, 13

2) RG aaO. S. 20

3) RG aaO. S. 23f

4) S.o. Fußn. 8 S. 37

5) Vgl. RG aaO. S. 22

6) RG aaO. S. 25

7) RG aaO. S. 25; s. auch schon RGSt 64, 263, 270

seine medizinische Außenseiterstellung hinweisen müsse¹. - Da das Reichsgericht seine allgemeinen Grundsätze vom Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt sieht, verweist es die Sache zurück².

3) RG I. Strafsenat. Urt. v. 19. März 1937 -
RG JW 1937, 3087 Nr. 14³

In diesem Strafverfahren war ein approbierter Arzt angeklagt, der eine vierköpfige, an Diphtherie erkrankte Familie anstelle des anerkannten Serums mit homöopathischen Mitteln behandelt hatte. Die Natur der Erkrankung verschwieg der Angeklagte - bei den Kindern sogar dreizehn Tage lang. Mutter und Kinder verstarben, obwohl sie schließlich von anderen Ärzten noch ins Krankenhaus eingewiesen und dort mit Serum behandelt wurden; der Vater überlebte. Das Landgericht sprach den angeklagten Arzt vom Vorwurf fahrlässiger Tötung frei, das Reichsgericht bestätigte den Freispruch⁴.

Hinsichtlich der Nichtanwendung von Serum bei Diphtherie wird auf die Grundsätze der Entscheidung RGSt 64, 263 zurückgegriffen⁵, die Homöopathie sei nicht die These eines krassen Außenseiters, sondern eine wissenschaftlich anerkannte Richtung der Medizin; auch sei die Serumbehandlung bei Diphtherie nicht ein derart wirksames Mittel, daß alle anderen hinter ihm erkennbar weit zurückträten⁶. Eine

1) RG aaO. S. 24

2) RG aaO. S. 27

3) Mit Anmerkung von Kallfelz JW 1937, 3090 u. König JW 1938, 345 - dazu wiederum Kallfelz JW 1938, 347

4) Vgl. RG JW 1937, 3087, 3088

5) Vgl. oben B I 1 = S. 36f

6) RG JW 1937, 3087, 3089

Aufklärungspflicht über den Befund wird vom Reichsgericht zur Ermöglichung eigener Entscheidungen der Patienten bejaht; im konkreten Fall wird davon aber wegen der Persönlichkeit der Familieneltern eine Ausnahme gemacht¹. Eine Aufklärungspflicht über die Tatsache der Praktizierung einer Außenseitermethode bei einer gefährlichen Krankheit wird nicht erörtert. Das Reichsgericht gelangt damit zum Freispruch.

4) RG III. Strafsenat. Urst. v. 12. Februar 1940 -
RGSt 74, 60

Der Angeklagte dieses Verfahrens hatte bei einer perniziösen Anämie² weder selbst die sog. Lebertherapie angewendet noch die Kranke rechtzeitig an einen Arzt verwiesen. Das Reichsgericht verwarf die Revision gegen die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung³.

Das Reichsgericht wendet in diesem Urteil auf die Lebertherapie die Formel⁴ von der überragenden Wirksamkeit eines Heilmittels an, hinter das alle anderen erkennbar weit zurücktreten⁵. Deshalb sei der Angeklagte jedenfalls von dem Zeitpunkt der erkennbaren Erfolglosigkeit seiner Heilmethode an zur Praktizierung der Lebertherapie oder zur Überweisung der Kranken verpflichtet gewesen⁶.

1) RG aaO. S. 3088

2) Duden, Wörterbuch medizinischer Ausdrücke, S. 36; Anaemia perniciosa: schwere Anämie, charakterisiert durch Störungen der Blutbildung u. krankhafte Veränderungen in zahlreichen Organen

3) Vgl. RGSt 74, 60, 61

4) Aus RG JW 1937, 3087, 3089; vgl. oben B I 3 = S. 39f

5) RG aaO. S. 61

6) RG aaO. S. 62

- 5) BGH 2. Strafsenat. Urt. v. 30.9.1955 -
BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB

Das Urteil bestätigt die Verurteilung eines homöopathischen Arztes wegen fahrlässiger Tötung in drei Fällen. Zum Vorwurf wird dem Arzt hier namentlich gemacht, daß er seine homöopathische Behandlungsweise trotz offensichtlicher Erfolglosigkeit nicht abgebrochen und die - auch von der Homöopathie anerkannten - Grenzen ihrer Wirksamkeit nicht beachtet hat¹. Darüber hinaus wird dem Arzt vorgeworfen, daß er einem Patienten ohne eingehende Untersuchung und aufgrund falscher Diagnose von einer nach der Schulmedizin zwingend gebotenen Operation abgeraten hat; hier soll es seine Pflicht gewesen sein, den Kranken mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer Operation hinzuweisen². In der Sachverhaltsbeschreibung eines der Fälle wird im übrigen von dem homöopathischen Mittel gesagt, daß es sich um Thuja in der Verdünnung C 30 handle, die jenseits irgendeiner Wirkungsmöglichkeit liege³.

- 6) BGH 1. Strafsenat. Urt. v. 21.6.1960 -
BGH NJW 1960, 2253

Der in diesem Verfahren angeklagte Arzt hatte eine Krebskranke ambulant und allein unter Benutzung der Augendiagnose mit "biologischen" Heilmethoden behandelt. Der Bundesgerichtshof bestätigt die Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung. Er erklärt den Angeklagten für verpflichtet, die Patientin sofort einer klinischen Behandlung zuzuführen, da es ihm an Sachkunde fehlte und nur

1) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB, Bl. 1 Rückseite
2) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB, Bl. 2 Vorderseite
3) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB, Bl. 1 Rückseite

Operation oder Bestrahlung einen optimalen Heilerfolg versprochen¹. Auch ein Arzt, der im Gegensatz zur sog. Schulmedizin stehe, dürfe sich über deren Erfahrungen nicht hinwegsetzen. Das gelte insbesondere dann, wenn es sich um lebensgefährliche Erkrankungen handle². Die Richtigkeit der vom Angeklagten vertretenen Thesen über Entstehung und Wesen der Krebskrankheit könne auch nicht nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" unterstellt werden, da es bei der Heilung eines Krebskranken nicht auf Theorien, sondern auf die auf Erfahrung beruhenden größeren oder geringeren Erfolgsaussichten einer Behandlungsweise ankomme³.

- 7) BGH 1. Strafsenat. Urt. v. 3.5.1962 -
BGH NJW 1962, 1780 ("Issels-Fall")⁴

In diesem Fall geht es um die Strafbarkeit des Krebsarztes Dr. Issels wegen fahrlässiger Tötung, weil er seine Patienten nicht operiert oder bestrahlt, sondern auf sie seine sog. interne Tumorthherapie angewendet hatte⁵. Der Bundesgerichtshof betont zunächst die Notwendigkeit eines Methodenvergleichs⁶. Zur Anwendung von Bestrahlung oder Operation von Anfang an wäre Issels verpflichtet gewesen, wenn diese Behandlungsmöglichkeiten seiner Methode gegenüber als die weitaus wirksamsten zu gelten hätten. Das Urteil gelangt allerdings nicht positiv zu einem derartigen Ergebnis. In einem Fall wird jedoch die Verurteilung wegen

1) BGH NJW 1960, 2253 1. Spalte, 2. Absatz

2) BGH aaO.

3) BGH aaO. S. 2253f

4) Anmerkungen von Bauer NJW 1963, 369; Bockelmann NJW 1963, 380; Freudenberg NJW 1963, 373; Koller NJW 1963, 381; Loeckle NJW 1962, 1750; Peller NJW 1963, 1655

5) BGH NJW 1962, 1780, 1781

6) BGH aaO. S. 1781

7) BGH aaO S. 1782

fahrlässiger Tötung einschränkungslos gebilligt, weil Issels bei Erfolglosigkeit seines Verfahrens dringend zur Operation hätte raten müssen¹.

8) BGH 2. Strafsenat. Urt. v. 22.2.1978 -
BGH NJW 1978, 1206²

Der in diesem Verfahren angeklagte Zahnarzt hatte der Patientin auf deren ausdrücklichen Wunsch alle Zähne des Oberkiefers entfernt, weil diese einen Zusammenhang zwischen den Zähnen und ihren ständigen Kopfschmerzen vermutete. Der Angeklagte hielt einen solchen Zusammenhang nach Untersuchung für nicht gegeben und teilte dies der Patientin mit, allerdings war es für ihn entfernt denkbar - ohne daß er sich jedoch über eine solche Indikation vergewisserte -, daß unbekannte psychosomatische Zusammenhänge ein Abklingen der Kopfschmerzen nach einer Zahnextraktion bewirken könnten.

Der Bundesgerichtshof sprach den Zahnarzt wegen vorsätzlicher Körperverletzung schuldig³. Die Möglichkeit psychosomatischer Zusammenhänge erklärt das Urteil für unbeachtlich. Die Einwilligung der Patientin wird als unwirksam angesehen, weil die Patientin nur in einen Heileingriff habe einwilligen wollen und die Zahnextraktion beim Fehlen einer Indikation und entsprechender Kenntnis des Arztes kein Heileingriff sei.

1) BGH aaO. S. 1782

2) Anmerkungen von Bichlmeier JZ 1980, 53; Horn Jus 1979, 29; Hruschka JR 1978, 519; Rogall NJW 1978, 2344

3) Daneben stellte sich noch das Problem des § 223 a

II) 1) Faßt man die Grundsätze der Rechtsprechung¹ zusammen², so ist festzustellen, daß formal von der Gleichwertigkeit aller Methoden ausgegangen wird. Vom Außenseiter wird aber ein sachlicher Grund für die Praktizierung seiner Methode verlangt, bei erkennbarer (bzw. offensichtlicher) Erfolglosigkeit hat er sie abubrechen, schließlich muß er von ihrem Wert überzeugt sein. Darüber hinaus ist ein Methodenvergleich vorzunehmen, der bei weitaus Überwiegender Wirksamkeit eines Heilmittels zu dessen Anwendung verpflichtet. Zur entsprechenden Aufklärungspflicht³ über das Vorliegen einer Außenseitermethode ist noch keine klare Linie erkennbar; lediglich in einer Entscheidung⁴ wird sie positiv verlangt⁵. Eine höchsterliche Stellungnahme zu der Problematik der Neulandbehandlungen⁶ gibt es bislang nicht.

2) Kritisch ist zu dieser Position der Rechtsprechung zu bemerken, daß sie in die Gefahr gerät, formelhaft

1) Vgl. noch zusätzlich aus der Rspr.: RGSt 50,37; 59, 355; RG HRR 1938, 187; 1938, 857; 1938, 1082; s. weiter OLG Celle, Urteil vom 19.1.1912, mitgeteilt bei Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 125; OLG Hamburg, Urteil vom 31.3.1917, mitgeteilt bei Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 136; aus der zivilrechtl. Rspr. vgl. auch die Subsumtion von § 230 StGB als Schutzgesetz iSd. § 823 II BGB bei: OLG Neustadt VersR 1953, 485 = JR 1954, 262

2) Mit Interpretation verbundene Zusammenfassung der Rspr. des RG bei Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 144-149

3) Prinzipiell gegen deren Berücksichtigung in diesem Zusammenhang, Eb. Schmidt aaO. S. 149

4) RG HRR 1938, 857; Ansätze auch bei RGSt 67, 12, 24 oben bei B I 2 = S. 37ff

5) Anders aber etwa RG JW 1937, 3087 Nr. 14 auf S. 3088 - oben B I 3 = S. 39f

6) Dazu oben A I 1 a = S. 1 mit Fußn. 1

schematisierende Kriterien anzuwenden¹. Diese Kriterien beruhen im Ausgangspunkt auf der sog. Kurierfreiheit², d.h. der Freigabe der Heilkunde an jedermann³ durch den früheren⁴ § 29 GewO. Diese Kurierfreiheit hat aber ihr Ende gefunden mit Erlaß des § 2 I der Reichsärzteordnung vom 13.12.1935⁵. Am ursprünglichen Ausgangspunkt der Rechtsprechung kann also nicht mehr festgehalten werden.

Derzeit fehlt es damit an einer hinreichenden dogmatischen Begründung der Kriterien der Rechtsprechung. Unklar ist die Beziehung dieser Kriterien zur Garantenstellung des Arztes gegenüber seinem Patienten⁶ und zu den Rechtsgütern der §§ 212, 222, 223, 230 StGB. Ungeklärt ist auch, wie sich das Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Praktizierung einer Außenseitermethode zu dem Rechtsgrundsatz "in dubio pro reo" verhält⁷.

Weiterhin bedarf es einer klaren Abgrenzung zwischen "Schulmedizin" einerseits und Außenseitermethoden und

1) Selbst BGH NJW 1962, 1780, 1781 spricht von formelhaften, aus Entscheidungen des Reichsgerichts übernommenen Wendungen

2) RGSt 64, 263, 270; RGSt 67, 12, 22; vgl. auch Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 149

3) Kohlhaas DMW 1967, 1687; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 47

4) Bis 13.12.1935 - vgl. Trockel NJW 1979, 2329 Fußn. 2

5) Vgl. Trockel aaO.

6) Zur Garantenstellung des Arztes: Gallwas NJW 1976, 1134; Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 46; Isele, Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes in A. Mergen III, S. 17; Lackner, StGB, Anm. 3 a bb zu § 13; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 267; Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler in A. Mergen III, S. 73; Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 28 zu § 13

7) Vgl. BGH NJW 1960, 2253, 2254, oben B I 6 = S. 41f - mit unzureichender Begründung

Neulandbehandlungen andererseits. Zu prüfen ist, ob spezielle Anforderungen an Sachkunde und Untersuchung des Patienten durch den außerhalb der Schulmedizin stehenden Arzt zu stellen sind. Bislang ist in der Rechtsprechung auch nicht entschieden, welchen Anforderungen die Erprobung eines neuen Heilverfahrens genügen muß¹. Das Zusammenspiel zwischen Therapiefreiheit und Aufklärungspflicht ist ebenfalls noch nicht umfassend erörtert.

Keinen Anlaß hatte die strafgerichtliche Rechtsprechung allerdings bisher, die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit an den im neuen Arzneimittelgesetz v. 24.8.1976² getroffenen Wertungen zu überprüfen.

III) Die Kriterien der strafgerichtlichen Rechtsprechung zur ärztlichen Therapiefreiheit vermögen also - jedenfalls mit ihrer jetzigen Begründung - nicht zu befriedigen. Deshalb ist zu untersuchen, ob sich aus Stellungnahmen zu entsprechenden Fragestellungen in der zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsprechung Lösungsansätze für die anstehende Problematik gewinnen lassen.

1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen sowie der sonstigen Zivilgerichte enthält nicht viele Aussagen, die über den unterschiedenen Einzelfall hinausgehen und allgemeiner Art sind³; es lassen sich nur einige Standpunkte der

1) Dazu hätte allerdings im Issels-Fall Anlaß bestanden, vgl. BGH NJW 1962, 1780, 1/81 r. Sp., dritter Abs., s. auch oben B I 7 = S. 42f

2) BGBI. 1976 Teil I, S. 2445ff

3) Vgl. die Übersicht über die Rspr. bei: Palandt-Thomas, BGB, Anm. 14 zu § 823; Soergel-Reimer Schmidt, BGB, Anm. 39 zu § 276; Soergel-Zeuner, BGB, Anm. 97, 135, insbes. 190-194 zu § 823

Zivilrechtsprechung herausarbeiten. So ist ausgeführt worden, daß gegen den Arzt kein Vorwurf erhoben werden kann, wenn er nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft vorgeht¹. In Fällen, in denen die Ansichten der Ärzte darüber auseinandergehen, welche von zwei Behandlungsarten die zweckmäßigere ist, dürfen die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes nicht überspannt werden². Das soll umso mehr gelten, wenn es eine Frage der Überzeugung ist, ob der Arzt dieser oder jener Methode zuneigt³. Ist aber eine Methode von vornherein die erfolgversprechendere und sicherere, so muß der Arzt sie wählen, wenn nicht der Patient selbst die andere vorzieht⁴. Herrscht Streit darüber, welches Maß an Vorsicht zur Verhütung von Schäden bei der Behandlung notwendig ist, so hat der Arzt im allgemeinen die größere Vorsicht zu beobachten, wenn er nicht vorwerfbar handeln will⁵. Jedenfalls darf der Arzt nicht den Patienten einer erheblichen Gefährdung (Verlust eines Armes) aussetzen, solange ein weniger gefährliches Vorgehen den erstrebten Zweck in etwa gleicher Weise zu erfüllen vermag⁶. Auch der Arzt, der grundsätzlich Anhänger einer bestimmten Heilmethode ist, soll stets zu prüfen haben, ob nicht im Einzelfall eine andere Art der Behandlung den Vorzug

1) RG 3. Zivilsenat. Urt. v. 27. Okt. 1931 - WarnR 1932 Nr. 71, S. 145, 146

2) BGH 6. Zivilsenat. Urt. v. 27. Nov. 1952 - BGHZ 8, 138, 140; BGH 6. Zivilsenat. Urt. v. 7.2.1956 - VersR 1956, 224, 225

3) BGH VersR 1956, 224, 225

4) RG 3. Zivilsenat. Urt. v. 21. Juni 1940 - WarnR 1941 Nr. 14

5) RG 3. Zivilsenat. Urt. v. 22. März 1932 - HRR 32, 1828; BGHZ 8, 138, 140; BGH 6. Zivilsenat. Urt. v. 16.10.1956 - NJW 1956, 1834, 1835

6) BGH 6. Zivilsenat. Urt. v. 5.12.1967 - BGH NJW 1968, 1181

verdient¹. Für eine Syphiliserkrankung hat das Oberlandesgericht Hamburg² ausgeführt, daß der Arzt hier nicht an der herrschenden, im wesentlichen bewährten Lehre (Schulmedizin) vorbeigehen dürfe. Er dürfe seine eigenen Methoden höchstens dann anwenden, wenn der Patient ihrer Anwendung nach voller Aufklärung über den Sachverhalt zustimmt³. Auch in einem neueren Urteil des Bundesgerichtshofes sind der Zusammenhang und das Zusammenspiel zwischen ärztlicher Methodenwahl und Aufklärung des Patienten betont worden⁴. Das Landgericht Hannover hat in einer vor kurzem ergangenen Entscheidung⁵ dargelegt, daß die wirksame Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Heileingriff grundsätzlich voraussetzt, daß der Arzt den Patienten in umfassender Weise über alternative Behandlungsmöglichkeiten und über die Risiken der danach in Übereinstimmung mit dem Patienten gewählten Behandlung aufgeklärt hat. Eine solche Aufklärungspflicht über alternative Behandlungsmethoden treffe im Rahmen des § 823 BGB auch den Zahnarzt, wenn neben der Möglichkeit der Extraktion eines Zahnes als alternative Behandlungsmethode eine Wurzelspitzenresektion in Frage komme. Dies gelte selbst dann, wenn es sich bei beiden Methoden um reine Routineeingriffe handele, die keinerlei ins Gewicht fallende Risiken für eventuelle bleibende Gesundheitsschäden des Patienten in sich bergen würden⁶.

1) BGH VersR 1956, 224, 225

2) OLG Hamburg 6. Zivilsenat. Ur. v. 3. April 1928 - HansRGZ 1928, 489 - insbes. S. 493f

3) OLG Hamburg aaO. S. 494

4) BGH 6. Zivilsenat. Ur. v. 27.9.1977 - BGH NJW 1978, 587, 588f

5) LG Hannover NJW 1981, 1320

6) LG Hannover NJW 1981, 1320, 1321

Insgesamt sind also in der zivilrechtlichen Rechtsprechung zumindest einige diskussionswürdige Maßstäbe entwickelt worden, die auch über den Einzelfall hinaus fruchtbar gemacht werden können. Es fehlt aber eine einheitliche, dogmatisch untermauerte Konzeption zu den Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit. Diese ist für das Strafrecht jedoch erforderlich, das in besonderem Maße dem Bestimmtheitsprinzip als Grundlage für die Rechtssicherheit verpflichtet ist.

2) Auch die öffentlichrechtliche Rechtsprechung vermag nur wenig zur Lösung des aufgeworfenen Problems beizutragen. Sie hat sich mit der ärztlichen Methodenwahl bei der Frage der Beihilfefähigkeit (Beamtenrecht) bzw. Erstattungsfähigkeit (Krankenkassen) der Kosten von Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen auseinanderzusetzen¹. Die hier ergangenen Urteile beruhen regelmäßig auf speziellen Vorschriften wie § 4 Nr. 7 S. 2 der Beihilfeverordnung NW^{2,3}. Danach sind Aufwendungen für wissenschaftlich nicht anerkannte Mittel von der Beihilfefähigkeit ausgeschlossen. Auch Krankenkassen machen sich einen solchen Standpunkt bei der Kostenerstattung zu eigen, indem sie sich auf einen vertraglichen Leistungsausschluß stützen⁴; gemäß § 51 II SGG sind hier bei Rechtsstreitigkeiten die Sozialgerichte zur Entscheidung berufen, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die aufgrund der Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen

1) Wiedergabe unveröffentlichter Urteile bei Kienle NJW 1976, 1126 - insbes. S. 1128, 1130 und bei Kriele NJW 1976, 355 - insbes. S. 356f

2) Beihilfe VO NW vom 27.3.1975 GV NW S. 332, zuletzt geändert am 30.7.1976 GV NW S. 290

3) Eine entsprechende Regelung für den Bereich des Bundes stellt § 4 Nr. 1 der Beihilfavorschriften des Bundes dar, vgl. bei Kienle aaO. S. 1127

4) Vgl. bei Kienle aaO. S. 1129f

(Kassenarzt) im Rechtsweg zu entscheiden sind. Namentlich durch die beamtenrechtlichen Beihilfevorschriften und durch den entsprechenden Rechtsstandpunkt der Krankenkassen ist der öffentlichrechtlichen Judikatur jedoch schon von vornherein ein bestimmter Prüfungsmaßstab vorgegeben, wobei die Gerichte allerdings an die Auffassung der Krankenkassen nur gebunden sind, wenn deren Vertragssystem rechtswirksam ist. Für das Strafrecht gilt es demgegenüber, eigenständig die Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit zu entwickeln.

C) Stellungnahme in der Literatur

In der Literatur werden sehr unterschiedliche Auffassungen zu den Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit vertreten.

I) Eine Vielzahl von Autoren macht sich die in der strafrechtlichen Rechtsprechung - namentlich des Reichsgerichts - entwickelten Formeln¹ zu eigen oder wandelt sie mehr oder weniger stark ab². Eine eigene Begründung wird dabei nicht gebracht.

II) Eine zweite große Meinungsgruppe geht von einem als Wahrscheinlichkeitskriterium zu bezeichnenden Standpunkt aus.

1) Überwiegend wird generell folgendes verlangt: Bei jeder ärztlichen Maßnahme müßten die Chancen, die gesamte gesundheitliche Verfassung des Patienten durch die konkrete

1) Vgl. oben B I, II = S. 36ff

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 86, 87f - anders z.T. S. 99-101 (Kapitel Organtransplantation) v. Brandis/Pribilla, Arzt u. Kunstfehlervorwurf, S. 12; Dreher-Tröndle, StGB, Rdn 10 zu § 222; Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1339f; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 28-30 oben; Kinzel, Transfusion u. Transplantation, S. 84f; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3336; Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler in A. Mergen III, S. 74f, 76; Pribilla Dt. Ärztebl. 1974, 3078, 3079; Schreiber Med. Sach. 72 (1976), 71, 72; Schulz, Der Arzt vor dem Richter, S. 123f, 125; Spann/Liebhardt, Ärztl. Rechts- u. Standeskunde in W. Schwerd, S. 282; - ähnlich: Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 129, 130; Köster, Haftung des Arztes, S. 107f; Liertz-Paffrath, Arztrecht, S. 265; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 232, 233; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 152; vgl. auch Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18, 26

Behandlung zu bessern - also nicht nur das vorhandene Leiden zu heilen -, mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit größer sein als das Risiko, daß sich der Gesamtzustand ohne die Behandlung verschlechtert. Darüber hinaus dürfe es kein besseres Verfahren (wirksameres oder zumindest ebenso wirksames mit geringerem Risiko) als das tatsächlich praktizierte geben. Das pflichtgemäße ärztliche Handeln richtet sich also nach der größeren Wahrscheinlichkeit, auf dem einen oder dem anderen Wege dem Patienten mehr zu nützen¹.

2) Andere beschränken das Wahrscheinlichkeitskriterium auf die Einführung neuer Behandlungsmethoden^{2,3} bzw. stellen es für diesen Fall besonders heraus⁴. Ein Vertreter der zuletzt genannten Position drückt dies so aus, daß bei der Anwendung eines neuen Verfahrens auf Nichtmoribunde⁵ die berechtigzte Erwartung bestehen müsse, daß dieses Verfahren sich als erheblich besser als die bisher angewendeten erweisen werde⁶.

3) Wieder andere machen das Wahrscheinlichkeitskriterium speziell für die Organtransplantation⁷ fruchtbar⁸. Einen

1) Berg, Grundriß der Rechtsmedizin, S. 50; Freudenberg NJW 1963, 373, 375; Fischer, Medizinische Versuche, S. 44, 49 u.ö.; Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 4; Kröning, Die Bedeutung des Kunstfehlers, S. 15, 16, 18; Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2202 für Anästhesie

2) Die neuen Behandlungsmethoden werden dabei häufig mit dem Begriff des Heilversuchs bezeichnet, dazu oben A II 2 = S. 34f

3) Laufs NJW 1977, 1084

4) Giesen, Haftung des Arztes, S. 20 unter bb; Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 49-51

5) Zur Situation bei Moribunden s. nachstehend C II 4 = S. 53 mit Fußn. 2

6) Grahlmann aaO. S. 50; kritisch zu der Arbeit von Grahlmann: Jakobs ZStW 91 (1979), S. 42

7) Definition der Heilbehandlung bei: Kaiser, Künstl. Insemination u. Transplantation, S. 60; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3419, 3489 auf S. 3493

8) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 99 - ansonsten folgt Bockelmann der Rechtsprechung, aaO. S. 86, 87f; Korthals, Organtransplantation, S. 11, 34

strengerer Maßstab legt demgegenüber die Meinung an, die für die Organtransplantation sogar eine vitale Indikation verlangt¹.

4) Von der Anwendung des Wahrscheinlichkeitskriteriums als Ausgangspunkt werden jedoch von einer Reihe von Autoren für spezielle Situationen - namentlich für die Behandlung Sterbender - Ausnahmen gemacht².

III. Eine dritte Ansicht will den Arzt bei gefährlichen Krankheiten verpflichten, erprobte und anerkannte Methoden - also Methoden der Schulmedizin - anzuwenden³. Verschiedene erprobte und anerkannte Methoden sind dabei als gleichwertig anzusehen⁴.

Vereinzelte wird auch der Standpunkt vertreten, daß der Arzt seine Methodenwahl generell an den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft auszurichten habe⁵.

IV. Eine vierte Meinung hält die Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit erst für erreicht, wenn feststeht, daß mit

1) Bauer, Chirurg, 67, 245, 250

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 100, 101; Grahlmann, Heilbehandlung und Heilversuch, S. 47f; Korthals, Organtransplantation, S. 12

3) Bauer NJW 1963, 369, 373 für Krebsbehandlung; Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 93; Kallfelz JW 1937, 3090, 3091; Koller NJW 1963, 381 für Krebsbehandlung; vgl. auch Bockelmann NJW 1963, 380, 381 für Krebsbehandlung

4) So Moritz/Morris, Handbook of legal medicine, S. 144

5) Schwalm, Zum Begriff und Beweis des ärztl. Kunstfehlers in Festschr. für Bockelmann, S. 548f

einem Heilverfahren kein therapeutischer Erfolg zu erzielen ist¹, auf die unterschiedlichen Erfolgsaussichten der verschiedenen Behandlungsmöglichkeiten wird also nicht abgestellt.

V) Daneben ist noch eine Anzahl sonstiger mehr oder weniger ergiebiger Stellungnahmen zur ärztlichen Therapiefreiheit zu erwähnen.

1) Teilweise erschöpfen sich diese schon in der Ablehnung der Schulmedizin als maßgebliches Kriterium².

2) Weiter wird vertreten, daß der Arzt fehlerhaft handelt, wenn er ein Übermaß an Gefahr schafft. Das Übermaß an Gefahr soll aufgrund einer Abwägung bestimmt werden, in die das Interesse des Patienten an der Integrität seines Körpers und die Interessen von Arzt und Patienten an größtmöglicher Freiheit in der Wahl der Heilmethoden einfließen. Das Übermaß der Gefahr soll demgemäß erst erreicht sein, wenn der Mediziner den negativen Ausgang ohne weiteres hätte verhindern können. Bis zu dieser Grenze wird dem Arzt ein Behandlungsermessen eingeräumt³.

1) Vgl. Kienle NJW 1976, 1126, 1131 vorrangig unter dem öffentlichrechtlichen Aspekt der Beihilfefähigkeit bzw. Erstattungsfähigkeit von Arzneimitteln, dabei geht es aber immer wieder um die allgemeine Problematik der ärztlichen Therapiefreiheit. Ähnlich die Formulierungen von König JW 1938, 345, 346 - dagegen Kallfelz JW 1938, 347, 348

2) Speziell für die Krebstherapie, da diese bislang noch keine überzeugenden Erfolge erbracht habe: Loeckle NJW 1962, 1750; Peller NJW 1963, 1655, 1659; vgl. auch Gritschneider, Patient - Arzt - Versicherung, S. 159 unter: Kunstfehler; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 129f; Uhlenbruck DMW 1968, 2136, 2137

3) Deutsch NJW 1976, 2289, 2290f

3) Schließlich wird noch die Meinung vertreten, daß der Arzt das Recht aber auch die Pflicht habe, die Behandlung durchzuführen, die er für richtig und dem Kranken nützlich hält¹.

VI) Die vorstehende Übersicht macht deutlich, daß es in der Literatur eine große Spannbreite an Auffassungen zur ärztlichen Therapiefreiheit gibt. Sie reicht von dem sehr strengen Wahrscheinlichkeitskriterium² über die Anbindung an die Schulmedizin bei gefährlichen Erkrankungen³ und die Übernahme der Formeln des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes⁴ bis zur richterlichen Feststellung der Untauglichkeit des Heilverfahrens⁵.

Es bleibt zu klären, welche dieser Positionen dem Strafrecht am besten gerecht wird.

1) Finke Dt. Ärztebl. 1979, 1337

2) Vgl. oben C II = S. 51f

3) Vgl. oben C III = S. 53

4) Vgl. oben C I = S. 51

5) Vgl. oben C IV = S. 53f

D) Entwicklung einer eigenen Auffassung

Die eigene Auffassung von den strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit hat sich mit den in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten auseinanderzusetzen, sie muß zudem den faktischen Besonderheiten ärztlichen Handelns genügen.

I) Reichweite richterlicher Nachprüfbarkeit ärztlicher Entscheidungen

Zunächst ist die allgemeine Reichweite richterlicher Nachprüfbarkeit ärztlicher Entscheidungen zu bestimmen. Erst wenn objektive Maßstäbe für die Beurteilung ärztlichen Verhaltens vorhanden sind, kann nämlich untersucht werden, wieweit die Aufklärungspflicht des Arztes über seine Methodenwahl auszudehnen ist; diese Aufklärungspflicht kann durchaus geeignet sein, zum Schutze und im Interesse des Patienten ein Korrektiv zu weitgefaßten objektiven Maßstäben zu bilden.

1) Ausgangspunkt: Wesen des ärztlichen Handelns

Sachgerechte Kriterien für die Bewertung eines Rechtsgebietes lassen sich nur finden, wenn dessen Eigenart hinreichend berücksichtigt wird. Den Ausgangspunkt der Erwägungen muß deshalb die Erfassung des Wesens ärztlichen Handelns bilden.

a) Ärztliches Handeln ist vor allem dadurch gekennzeichnet, daß sein Ausgang häufig ungewiß und daher mit einem Risiko behaftet ist. Die medizinische Wissenschaft befindet sich im ständigen Wandel, so daß es genaue Richtlinien und Regeln für die Vornahme bestimmter ärztlicher Maßnahmen

kaum geben kann¹. Das Zivilrecht ordnet dementsprechend den Arztvertrag grundsätzlich² nicht als Werkvertrag gemäß §§ 631ff BGB³ ein; der Arztvertrag wird vielmehr als Dienstvertrag höherer Ordnung⁴ beurteilt, bei dem kein Erfolg, sondern nur fehlerfreies Tätigwerden geschuldet ist. Für das Strafrecht ergibt sich daraus die Konsequenz, daß die Strafverfolgungsorgane den Mißerfolg des ärztlichen Handelns noch nicht als Indiz für einen Kunstfehler ansehen dürfen; erforderlich ist es, das ärztliche Handeln selbst in seiner Bedingtheit und Unwägbarkeit auf Pflichtgemäßheit oder Pflichtwidrigkeit zu untersuchen⁵.

b) Es ist aber nicht nur das ärztliche Handeln besonders charakterisiert, sondern auch die rechtliche Ausgestaltung des Arztberufes und die beruflich-gesellschaftliche Stellung des Arztes enthalten Besonderheiten.

aa) Die Zulassung zum Arztberuf⁶ erfolgt nach der Erfüllung spezieller Voraussetzungen durch die Approbation,

1) Vgl. Arbeitskreis Ärzte u. Juristen, Der Krankenhausarzt, 1975, 420; Brandt, Grenzen ärztl. Haftung, S. 43f; Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3026f; Fieser, Strafrecht des Anästhesisten, S. 101; Hayler, Wandlungen, S.61; s. auch oben A I d cc = S. 11f

2) Zu Ausnahmefällen, bei denen eine Einordnung als Werkvertrag in Betracht kommt, vgl. Palandt-Putzo, BGB, Anm. 2 a bb vor § 611; Staudinger-Mohnen/Neumann, BGB, Rdn 146, 185 vor § 611

3) Beuthien, StudK BGB, Anm. 1 vor § 631; Jauernig-Schlechter, BGB, Anm. 4 vor § 631; Palandt-Putzo aaO.

4) Brüggmann NJW 1977, 1473, 1474; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 180, 181

5) Vgl. auch Kinzel, Transfusion u. Transplantation, S. 82

6) Definition des Arztes nach der Begriffsbestimmung der WGO bei Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, S. 13

§ 2 I BÄO^{1,2}. Diese bezeugt vor allem die medizinische Sachkunde des Arztes³. Neben der bundesrechtlichen Bundesärzteordnung⁴ ist das Recht des Arztes vor allem landesrechtlich durch Heilberufsgesetze⁵ und Berufsordnungen der Länder geregelt^{6,7}. Als Leitidee der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Arztrechts läßt sich § 1 BÄO⁸ begreifen, wonach der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes dient (Abs. 1) und der Arztberuf seiner Natur nach ein freier Beruf ist (Abs. 2). Das Merkmal des "freien Berufs" bedeutet dabei im ärztlichen Bereich, daß der Arzt nicht weisungsgebunden, sondern allein verantwortlich ist und seine ärztlichen Entschlüsse nur mit der eigenen Verantwortlichkeit fassen kann⁹. Die freien Berufe beruhen zudem noch heute auf dem Gedanken einer Loslösung aus staatlicher Eingliederung oder gar "Beamtung"¹⁰. Für den ärztlichen Beruf

1) Bundesärzteordnung idF v. 14. Okt. 1977, BGBI. I S. 1885, BGBI. III S. 2122-1; zu den Voraussetzungen der Approbation vgl. § 3 BÄO, zu Einzelheiten §§ 4ff BÄO

2) Im einzelnen vgl. Küchenhoff, Grundfragen des Arztrechts, Arztrecht 1968, 3, 5, 6

3) Beling ZStW 44 (1924), 220, 231

4) Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus Art. 74 Ziff. 19 GG

5) Für Nordrhein-Westfalen vgl. das Heilberufsgesetz NW v. 30. Juli 1975, Hippel/Rehborn, Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen, Nr. 152

6) Ermächtigungsgrundlage in NW § 25 Heilberufsgesetz NW

7) Daneben gibt es eine Musterberufsordnung für die deutschen Ärzte von 1976 - abgedruckt in Dt. Ärztebl. 73 (1976), 1539ff - insbes. S 1543-1548; dazu s. auch Stockhausen MMW 67, 2333f

8) In der Fassung vom 4.2.1970, BGBI. I S. 237

9) Fleischmann, Freie Berufe im Rechtsstaat, S. 58 - ausf. S. 55-58

10) Fleischmann aaO. S. 80

liegt hier der Akzent auf der Erhaltung einer bestimmten Form der Berufsausübung, nämlich der wirtschaftlich-sozial selbständigen Tätigkeit im Kernbereich des Arztberufes, d.h. auf dem Gebiet der Heilbehandlung¹. Insgesamt ist danach festzustellen, daß die Zulassung zum Arztberuf und das Verhalten und die Pflichten als Arzt zwar einem strengen äußeren Rahmen unterliegen, der Gesetzgeber hat dies aber wieder ausgeglichen, indem er eine prinzipielle Freiheit des Arztes von staatlicher Reglementierung und von dienstlichen Weisungen bei der Ausübung spezifisch ärztlicher Tätigkeit anerkennt. Damit wird dem Arzt ein Vertrauensvorschuß eingeräumt, dem auch in anderen Bereichen des Rechts Rechnung zu tragen ist.

bb) Neben der rechtlichen Ausgestaltung des Arztberufs ist für das Wesen ärztlichen Handelns noch die ethische Verpflichtung des Arztes bedeutsam. Diese liegt eindeutig im Humanitären. Der Arzt hat dem Kranken, der sich ihm anvertraut hat, unvoreingenommen und gewissenhaft zu helfen². Daraus folgt, daß es aus arztethischer Sicht oberstes Gebot des Arztes ist, den Kranken zu heilen oder sein Leiden zu lindern: *salus aegroti suprema lex*³.

cc) Bei der Behandlung des einzelnen Patienten dürften für den Arzt aber schwerer als die öffentlichrechtliche Regelung des Arztberufs und seine ethischen Verpflichtungen die Rechtspflichten wiegen, die ihm vom Strafrecht auferlegt werden. Das Strafrecht nimmt eine Garantenstellung

1) Fleischmann aaO. S. 85f

2) Vgl. § 23 Heilberufsgesetz NW; vgl. weiter Dembicki Dt. Ärztebl. 1965, 313, 314; Ehrhardt, Euthanasie, S. 108f; Thieding Berliner Ärztebl. 1967, 514

3) Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 46; Hayler, Wandlungen, S. 61f

und -pflicht des Arztes für seinen Patienten an. Den Arzt trifft aufgrund freiwilliger Übernahme der Behandlung die Rechtspflicht, von dem Kranken soweit wie möglich Schaden abzuwenden, § 13 I StGB¹.

dd) Der Arztberuf und die Stellung des Arztes sind somit charakterisiert durch ein Spannungsverhältnis zwischen grundsätzlicher Freiheit von berufsbezogenen Weisungen und staatlichen Eingriffen auf der einen Seite und so schwerwiegenden Bindungen und Verpflichtungen wie der strafrechtlichen Garantenstellung und Garantenpflicht andererseits².

c) Für das Wesen ärztlichen Handelns entscheidend ist die Beziehung zwischen Arzt und Patient.

aa) Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist ein höchstpersönliches³. Deshalb wird regelmäßig die Vertrauensbeziehung Arzt - Patient betont⁴. Diese muß es dem

1) Vgl. Gallwas NJW 1976, 1134; Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 46; Isele, Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes in A. Mergen III, S. 17; Lackner, StGB, Anm. 3 a bb zu § 13; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 267; Prißbilla, Der ärztl. Kunstfehler in A. Mergen III, S. 73; vgl. auch oben B II 2 = S. 45 FN 6

2) Vgl. auch Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 88ff, insbes. S. 89

3) Brügmann NJW 1977, 1473, 1474; Gallwas NJW 1976, 1134; Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 41; Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 90; Jaromir, Der ärztliche Kunstfehler, S. 19; Kuhlendahl Dt. Ärztebl. 1978, 1984, 1985, 1986; Moritz/Morris, Handbook of legal medicine, S. 146; Schmidhals, Diskussionsbeitrag 52. DJT, S. I 54f; Schulz Med.Klin. #1 (1966), 1947; Thieding Berl. Ärztebl. 1967, 514; Wannagat Dt. Ärztebl. 1977, 1813, 1816 - anders sieht selbstverständlich eine soziologische Interpretation des Arzt-Patienten-Verhältnisses aus, vgl. dazu die Wiedergabe bei Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 55f

4) Sogar auch in § 23 Heilberufsgesetz NW

Patienten ermöglichen, sich dem Arzt umfassend über alle Symptome und möglichen Ursachen seiner Erkrankung sowie - namentlich bei psychischen Erkrankungen - über seine persönlichen und sozialen Kontakte zu eröffnen¹. Gerade zum Schutz dieser Mitteilungen, der nicht zuletzt auch im allgemeinen Interesse an einer funktionsfähigen Gesundheitspflege liegt², sowie zum Schutze der sonst vom Arzt durch seine Tätigkeit erlangten Kenntnisse ist die Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses im § 203 I Ziff. 1 StGB unter Strafe gestellt³. Andererseits bedarf der Arzt ebenfalls des Vertrauensverhältnisses zum Patienten, um seine Tätigkeit sinnvoll ausüben zu können; in der Regel wird nämlich eine erfolgreiche ärztliche Behandlung nicht unerheblich von einem vertrauensvollen Zusammenwirken zwischen Arzt und Patient abhängen. Deshalb sieht beispielsweise § 1 IV der Berufsordnung für die Hamburger Ärzteschaft vor, daß der Arzt eine ärztliche Behandlung - soweit er nicht zu ihr verpflichtet ist - insbesondere dann ablehnen kann, wenn das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Kranken nicht besteht⁴. Diese Vorschrift muß entsprechend angewandt werden, wenn der Arzt, ohne daß hierdurch ein nicht unerheblicher Schaden zu besorgen ist, eine Behandlung einstellen will, weil das notwendige Vertrauensverhältnis zum Patienten weggefallen ist.

Das Vertrauensverhältnis Arzt-Patient erfährt allerdings in heutiger Zeit zwei wichtige Einschränkungen: Zum einen durch das zunehmende Anspruchsbewußtsein der Patienten, die ihre Krankheit immer weniger als schicksalhaft hinnehmen, sondern im Gegenteil immer häufiger meinen, vom

1) Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 90

2) Sch-Sch-Lenckner Rdn 3 zu § 203

3) Geiger aaO.

4) Vgl. bei Brüggemann NJW 1977, 1473, 1474

Arzt die Wiederherstellung ihrer Gesundheit verlangen zu können¹. Zum anderen wird das Vertrauensverhältnis eingeschränkt durch die steigende Bedeutung staatlicher Planung im Bereich der Medizin, durch die Zunahme von Computern, Arbeitsteilung und Spezialisierung², die schon heute das Bild mancher Krankenhäuser und Ärztezentren prägt; dies führt zu wachsender Anonymität, die eine vertrauensvolle Arzt-Patienten-Beziehung nicht mehr entstehen läßt. Die genannten Einschränkungen ändern aber nichts an dem besonderen Gewicht des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient, weil eine sinnvolle ärztliche Betreuung ohne menschliches Verstehen auf Dauer nicht denkbar ist.

bb) Das Vertrauensverhältnis Arzt - Patient ist regelmäßig eine der Voraussetzungen für die sachgerechte ärztliche Behandlungsentscheidung, die eine hochkomplexe Struktur hat: Sie hat eine nicht meßbare Vielzahl physischer (Vorerkrankungen des Patienten, Konstitution, Alter), psychischer (Labilität, Angst) und auch sozialer (Herkommen, familiäre Belastung, uU. Pflegemöglichkeiten zu Hause) Komponenten zu berücksichtigen. Damit ist die ärztliche Behandlung in aller Regel ein kaum nachvollziehbares Geschehen³. Der aufgrund des ärztlichen Gesprächs, Erfahrung⁴ und Voruntersuchungen urteilende Arzt steht einem

1) Vgl. Oben A I 1 c bb = S. 6f

2) Vgl. Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 84; Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 22; Kuhlendahl Dt. Ärztebl. 1978, 1984, 1986; Wannagat Dt. Ärztebl. 1977, 1813-1815

3) Dembicki Dt. Ärztebl. 1965, 313; Hayler, Wandlungen, S. 62; vgl. auch Schipperges, Arzt u. Freiheit des Menschen, S. 229 u. speziell für die Indikation: Wachsmuth, Die chirurgische Indikation in Festschr. für Bockelmann, S. 475

4) Dazu vgl. Schettler Dt. Ärztebl. 1965, 549; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 141 oben

beunruhigten Patienten gegenüber, der medizinische Maßnahmen verlangt.

cc) Das Vertrauensverhältnis Arzt - Patient und die ärztliche Aufgabenstellung wirken schließlich auch auf die Aufklärungspflicht des Arztes zurück, deren Art und Umfang sich an den medizinischen Erfordernissen, dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten sowie nicht zuletzt an der Beziehung zwischen Arzt und Krankem zu orientieren hat¹.

d) Insgesamt ist festzustellen, daß das Wesen ärztlichen Handelns charakterisiert wird durch die Unmöglichkeit, die Auswirkungen der ärztlichen Entscheidungen genau vorherzuberechnen², durch das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit des Arztberufes und ethisch-rechtlichen Bindungen³ und durch die Vertrauensbeziehung Arzt - Patient⁴. Die ärztliche Behandlungsentscheidung ist eine nicht in allen Einzelheiten nachvollziehbare höchstpersönliche Entscheidung⁵. Sie ist naturgemäß komplex, da physische, psychische und soziale Momente in ihrer Vielfalt und ihrem Zusammenwirken zu berücksichtigen sind.

1) Vgl. Brüggmann NJW 1977, 1473, 1474; Dembicki Dt. Ärztebl. 1965, 313, 314, s. auch Gallwas NJW 1976, 1134

2) Vgl. bei a = S. 56f

3) Vgl. bei b = S. 57ff

4) Vgl. bei c = S. 60ff

5) Vgl. bei c aa = S. 60ff und c bb = S. 62f

2) Erfordernis einer Differenzierung zwischen Wahl der Therapie und ihrer Ausführung

Geht man die Aufgabe der Konkretisierung der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit an, so fragt sich zunächst, ob alle fehlerhaften ärztlichen Maßnahmen einheitlich beurteilt werden können oder ob zwischen ihnen qualitative Unterschiede bestehen, die eine gesonderte Betrachtung erfordern.

Teilweise wird eine dreifache Unterteilung vorgeschlagen¹. Differenziert werden soll zwischen der Wahl der Behandlungsmethode, der technischen Art ihrer Durchführung und Fehlern, die nur anlässlich der Durchführung einer ärztlichen Maßnahme auftreten, mit ihr aber in einem sachlich-medizinischen Zusammenhang stehen². In die letztere Gruppe soll namentlich das Vergreifen bei der Auswahl von Instrumenten und Hilfsmitteln und das Verschreiben im Rezept fallen³. Da es sich hierbei indes ebenfalls um unsorgfältiges ärztliches Vorgehen im Rahmen der Behandlungsdurchführung handelt, erscheint eine Abschiebung von der technisch fehlerhaften Durchführung verfehlt⁴.

Richtig ist es jedoch, zwischen der ärztlichen Methodenauswahl einerseits und ihrer Ausführung andererseits zu unterscheiden⁵, wobei die genaue Grenzlinie noch zu

1) Kröning, Die Bedeutung des Kunstfehlers, S. 12

2) Hinsichtlich der Notwendigkeit der letzten Fehlergruppe selbst zweifelnd Kröning aaO. S. 13

3) Kröning aaO. S. 12

4) Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 33; Schwalm, Zum Begriff u. Beweis des ärztl. Kunstfehlers in Festschr. für Bockelmann, S. 543

5) Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1326f; Orschenkowski, Kunstfehler, S. 77; ähnlich die zivilrechtliche Differenzierung zwischen Verletzungsfahrlässigkeit und Verhaltensfahrlässigkeit bei Deutsch NJW 1976, 2289, 2290; Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422, 424 differenziert für die Chirurgie zwischen Diagnostik, Indikation u. Therapie

konkretisieren bleibt. Zwar lassen sich die Methodenwahl des Arztes und ihre Ausführung nicht streng voneinander trennen. Man könnte das ärztliche Vorgehen auch allein danach beurteilen, ob der Arzt die nach Maßgabe der bestehenden Hoffnungen und Befürchtungen gebotenen Maßnahmen getroffen hat¹. Gerade die ärztliche Methodenwahl ist jedoch von grundsätzlicher Bedeutung, weil sie über den einzuschlagenden Behandlungsweg entscheidet, der häufig in der medizinischen Wissenschaft umstritten ist, und weil insoweit vielfach eine umfassende Abwägung der für und gegen die einzelnen Heilverfahren sprechenden Faktoren erforderlich ist; die Methodenwahl verlangt daher eigene Kriterien. Diese müssen notwendigerweise anders sein als die an die Ausführung der ärztlichen Behandlungsentscheidung anzulegenden Maßstäbe.

Erforderlich ist eine klare Grenzziehung zwischen der Methodenwahl des Arztes und ihrer Ausführung. Der Bereich der ärztlichen Methodenwahl darf nicht eng bestimmt werden: Er schließt sowohl den Fall ein, daß verschiedene Methoden zur Behandlung einer Krankheit insgesamt vorhanden sind, erfaßt ist aber auch der Fall, daß es unterschiedliche Methoden zur Durchführung einer Therapie oder eines ihrer Einzelabschnitte gibt. Eine Ausführung ärztlicher Maßnahmen liegt demgegenüber vor, wenn sich das Verhalten des Arztes in der Verwirklichung der zuvor getroffenen Therapiewahl oder in der allgemeinen Betreuung des Kranken erschöpft. Eine Therapiewahl nimmt der Arzt danach beispielsweise vor, wenn er sich bei einer Krebserkrankung zwischen Operation und/oder Bestrahlung zu entscheiden hat. Therapiewahl ist es auch, wenn dem Arzt zur Durchführung eines Eingriffs verschiedene Wege offenstehen. So kann eine

1) Vgl. Engisch aaO. S. 1326

Leberpunktion¹ als Leberblindpunktion, Leberpunktion unter laparoskopischer Sicht² oder intraoperative Leberpunktion vorgenommen werden. Eine Wunde kann durch Wundnaht oder Wundklammerung geschlossen werden, ihre Heilung kann aber auch der Natur überlassen werden, wobei sie nur mit Verbänden, Salben o.ä. versorgt wird. Zur Ausführung gehören dagegen Fehlschnitte und falsche Nähte bei der Operation, Einführung einer Magensonde in die Luftröhre, intraarterielle Fehlinjektionen eines intravenösen Narkosemittels³. Wählt der Arzt ein bestimmtes Behandlungsverfahren, wendet es aber aus Unkenntnis falsch an, so ist dieser Fehler der Ausführung zuzuordnen; zur ordnungsgemäßen Ausführung einer Behandlung gehört nämlich auch eine hinreichende Sachkunde des Arztes; ein Beispiel für einen solchen Kunstfehler bildet etwa die aus Unkenntnis vorgenommene intramuskuläre Einspritzung von Depot-Penicillinen.

a) Spielraum bei Wahl der Behandlungsmethode

Bei der Wahl der Behandlungsmethode stellt sich als erstes die Frage, ob der Arzt in dieser Hinsicht einen Spielraum hat oder ob er mehr oder weniger strengen Regeln unterworfen ist.

Hierbei ist einerseits davon auszugehen, daß im Strafverfahren für eine Verurteilung des Arztes nachgewiesen werden muß, daß die Gesundheitsschädigung oder der Todeserfolg

1) Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, S. 484: Punktion - Entnahme von Flüssigkeiten/Gewebe mittels einer Hohlneedle aus Körperhöhlen oder Organen

2) Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, S. 321: Laparoskop - optisches Instrument zur Untersuchung der Bauchhöhle

3) Kröning, Die Bedeutung des Kunstfehlers, S. 12

bei anderer sachgemäßer Behandlung hätte vermieden werden können¹.

Andererseits ist ein Aspekt zu berücksichtigen, den das Bundesverfassungsgericht bei einer in anderem Zusammenhang ergangenen Entscheidung ausdrücklich offengelassen hat², ob und wo nämlich dem Strafrichter aus Art. 19 IV GG Grenzen der Überprüfung ärztlicher Methodenwahl gezogen sind. Eine solche Einschränkung der Überprüfbarkeit kommt in Betracht, wenn der Strafrichter sonst einen medizinischen Sachverständigenstreit entscheiden müßte, der in der medizinischen Wissenschaft noch nicht ausgetragen ist.

Die Schwierigkeit der rechtlichen Erfassung ärztlicher Methodenwahl wird besonders deutlich, wenn man die verschiedenen Abwägungskriterien bei zwei Behandlungsverfahren vergleicht, die in der medizinischen Wissenschaft prinzipiell anerkannt sind und damit jedenfalls zur sog. Schulmedizin gehören: Bei Nierenversagen besteht die Möglichkeit der Hämodialyse³ und der Nierenverpflanzung⁴. Bei der Dialyse ist die Lebensdauer des Patienten zwar regelmäßig länger als bei einer Organverpflanzung⁵, dagegen hat der Transplantatempfänger eine wesentlich bessere

1) Berg, Rechtsmedizin, S. 50

2) BVerfG NJW 1979, 359, 362 linke Spalte, 5. Absatz

3) Blutwäsche, vgl. Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 231 - Stichwort: Hämodialyse

4) Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 130: Nierentransplantation gehört nicht mehr zu Neu-landbehandlungen

5) Vgl. Henninger aaO. S. 132; für besondere Transplantationszentren schon heute anders: Brendel, Organtransplantation, S. 62

Lebensqualität¹. In die Abwägung sind weiter die Gefahr von Nebenfolgen, das Operationsrisiko sowie das Risiko von Immunreaktionen bei der Transplantation, daneben aber auch die physische und psychische Belastung des Patienten einzubeziehen². Lediglich hingewiesen werden soll darauf, daß die Dialyse das wesentlich kostspieligere Verfahren ist³.

Die Schwierigkeit der Abwägung zwischen verschiedenen Verfahren ist in der Regel aber noch größer, wenn diese zum Teil von der medizinischen Wissenschaft abgelehnt werden oder es sich um neue Behandlungsmethoden handelt.

aa) Keine Bindung an Schulmedizin bzw. Stand der medizinischen Wissenschaft

Es ließe sich deshalb daran denken, den Arzt bei seiner Methodenwahl an die Schulmedizin oder an den Stand der medizinischen Wissenschaft zu binden. Dies würde die Aufgabe des Richters wesentlich eingrenzen und ihm ein festes Entscheidungskriterium an die Hand geben.

(1) Geeigneter Maßstab könnte eine Bindung des Arztes an die Verfahren der Schulmedizin sein, wenn eine schulgemäße Behandlung im Interesse der Patienten liegt bzw. zu ihrem Schutz geboten ist.

(a) Dafür bedarf es als erstes der Klärung, was unter dem Begriff der Schulmedizin genau zu verstehen ist. Dieser ist zu medizinischen Außenseitermethoden einerseits

1) Brendel aaO. S. 62; Henninger aaO. S. 132f

2) Vgl. insbesondere Henninger aaO. S. 131-134

3) Ausf. Brendel aaO. S. 62

sowie Neulandbehandlungen andererseits abzugrenzen. Auszugehen ist vom Begriff der Schulmedizin.

(aa) Teilweise wird seine Berechtigung generell bestritten, weil er immer in der Gefahr sei, mit einem engstirnigen Zunftgeist verknüpft zu werden¹. Dieser Gefahr kann aber mit einer sinnvollen und sachgemäßen Auslegung des Begriffes begegnet werden.

(bb) Bei der Definition der Schulmedizin wird vielfach auf deren Vertreter abgestellt². Danach wird die Schulmedizin verstanden als die auf den Universitäten und Medizinischen Hochschulen in wissenschaftlicher Forschung, Lehre und Krankenbehandlung betriebene Medizin³, als die Auffassung namhafter Universitätslehrer und Ärzte⁴, prominenter Fachleute⁵ oder als die Auffassung berufener Vertreter der medizinischen Wissenschaft, akademischer Lehrer und angesehener Ärzte⁶.

Von anderer Seite wird die Schulmedizin aufgefaßt als die Praktizierung der allgemein oder Überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft. Dabei soll sich ihr Vorliegen nicht nach der jeweils "herrschenden Meinung"

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 93 Fußn. 12

2) Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Einordnung eines Verfahrens als Schulmedizin vgl. Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 275: Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Handlung, s. auch oben A I 2 d = S. 22

3) Vgl. Bockelmann aaO.

4) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 137

5) Möllhof Dt. Rentenvers. 1974, 229, 232

6) Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 288

7) Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 24

beurteilen; es soll vielmehr darauf ankommen, daß die konkurrierenden Verfahren als solche Überwiegend anerkannt sind¹.

Schließlich wird in Abgrenzung zur Neulandbehandlung das Merkmal der gesicherten Erkenntnisse und Erfahrungen herausgestellt².

Zutreffend ist es, den Begriff der Schulmedizin von ihren Vertretern her zu bestimmen. Schulgemäßes ärztliches Verhalten ist nämlich nur denkbar, wenn das Vorgehen des Arztes von einer erheblichen Richtung in der Medizin, einer "Schule" in der medizinischen Wissenschaft, gutgeheißen wird. Schulmedizin ist demnach zu definieren als die Richtung in der Medizin, die auf führenden Kongressen, in führenden Fachzeitschriften und von führenden Fachwissenschaftlern vertreten wird. Um einer Verengung auf eine medizinische Richtung vorzubeugen, darf es nicht auf die Überwiegende Befürwortung der Methode ankommen. Vielmehr liegt umgekehrt Schulmedizin solange vor, wie eine Ansicht in der medizinischen Wissenschaft nicht Überwiegend ausdrücklich und ernsthaft bestritten wird. Zur Abgrenzung von Neulandmethoden muß das Verfahren das Stadium der wissenschaftlichen Erprobung durchlaufen haben. Unter dem Gesichtspunkt des § 226 a StGB ist schließlich zu fordern, daß das Verfahren von der Sozialethik bzw. ihren führenden Vertretern nicht aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt wird.

Zusammenfassend ist die Schulmedizin wie folgt zu definieren: Schulmedizin ist die Richtung in der medizinischen Wissenschaft, die nach wissenschaftlicher Erprobung auf

1) Goller aaO.; gegen das Kriterium der Überwiegenden Anerkennung: Liertz/Paffrath, 'Arztrecht', S. 288

2) v. Bubnoff GA 1968, 65, 77

führenden Kongressen, in führenden Fachzeitschriften und von führenden Fachwissenschaftlern vertreten wird, deren Wert in der medizinischen Wissenschaft nicht überwiegend ausdrücklich und ernsthaft bestritten wird und die keinen grundsätzlichen soziaethischen Bedenken ausgesetzt ist. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich um eine medizinische Außenseitermethode. Bei erstmaliger Anwendung oder im Stadium der Erprobung einer Methode liegt eine Neulandbehandlung vor.

(b) Es fragt sich aber, ob die so definierte Schulmedizin entscheidender Sorgfaltsmaßstab für die ärztliche Methodenwahl sein darf.

Die medizinische Anerkennung einer Methode kann zwar Anhaltspunkte über ihren Wert geben und den im Einklang mit ihren Grundsätzen Handelnden möglicherweise auch privilegieren. Maßgebliches Kriterium darf sie aber nicht sein. Auf diese Weise würde neuen medizinischen Errungenschaften, die bislang nur einem kleinen Teil der Ärzte bekannt sind und von ihnen praktiziert werden, eine Durchsetzung unmöglich gemacht. Die den medizinischen Fortschritt befruchtenden Gegensätze in der Medizin würden mit Hilfe des Strafrechts stark zurückgedrängt. Das ginge aber letztlich zu Lasten des Patienten. Zudem ist die ärztliche Therapie stets eine Frage des Einzelfalls. Sie muß sich stets an den Besonderheiten dieses Einzelfalls orientieren und ist damit keinem Schema zugänglich¹. Die Bindung ihrer Methodenwahl an die Schulmedizin dürfte deshalb aus Sicht der Ärzte zu verneinen sein. Sie ist daher abzulehnen.

1) Vgl. genauer oben D I 1 c aa = S. 60ff und besonders bb = S. 62f sowie Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422, 424

(2) Einen brauchbaren Maßstab könnte der Stand der medizinischen Wissenschaft liefern. Damit könnte eine optimale medizinische Betreuung auf dem jeweils neuesten Stand der Wissenschaft gewährleistet sein.

Auf die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft stellt auch § 41 Nr. 1 des neuen Arzneimittelgesetzes¹ ab, der die Anwendung neuer Arzneimittel im Rahmen klinischer Prüfungen regelt, wenn sie konkret zur Bekämpfung von Krankheiten eingesetzt werden. Nach § 41 Nr. 1 AMG muß die Anwendung des Arzneimittels dann nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt sein. Ein Verstoß gegen § 41 Nr. 1 AMG erfüllt den Straftatbestand des § 96 Nr. 10 AMG².

Gegen eine Bindung der ärztlichen Therapiewahl an den Stand der medizinischen Wissenschaft auch nach allgemeinem Strafrecht ist aber anzuführen, daß der Stand der Wissenschaft wiederum von der fachlichen Anerkennung einer Methode abhängig ist. Sind die medizinischen Außenseiter zugleich forschend tätig, so kommt ein Verstoß des Strafrichters gegen das Grundrecht des Art. 5 III GG in Betracht, wenn er allein auf den Stand der Wissenschaft abstellt³, gem. Art. 1 III GG ist der Strafrichter aber an die Grundrechte gebunden. Das Abstellen auf den Maßstab "Stand der Wissenschaft" kann auch wichtige Wege des medizinischen Fortschritts blockieren. Dieser ist jedoch im Interesse der Allgemeinheit unbedingt erforderlich⁴. Zudem verläuft der

1) Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts v. 24.8.1976 BGBl. 1976 Teil I S. 2445ff

2) Rechtstechnisch stellt etwa auch § 7 II Nr. 3 AtomG auf den Stand der Wissenschaft als Rechtsbegriff ab; vgl. aber besonders B III 2 - S. 49f

3) Vgl. auch Kienle NJW 1976, 1126, 1130f

4) Vgl. Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 40f; Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3026

medizinische Fortschritt dynamisch¹. Er ist damit keinen festen Regeln zugänglich, so daß der Stand der medizinischen Wissenschaft kaum je exakt bestimmbar ist. Darüber hinaus läßt sich der Stand der medizinischen Wissenschaft nicht für jede Situation ärztlichen Handelns festlegen, denn ärztliches Handeln ist stets von den konkreten Umständen abhängig², kein Krankheitsfall gleicht dem anderen³, und bei manchen Erkrankungen hat sich noch gar kein Stand der Wissenschaft gebildet⁴. Auch gegen den Begriff der Wissenschaft bzw. Wissenschaftlichkeit lassen sich ernsthafte Bedenken geltend machen⁵. So werden immer wieder Untersuchungen mit dem Prädikat wissenschaftsgemäßen Vorgehens versehen, die dieses Prädikat in keiner Hinsicht verdienen⁶ und die deshalb zu Fehleinschätzungen des jeweiligen Standes der Wissenschaft führen können. Wissenschaftlichkeit führt nicht selten auch zu fortschrittsfeindlichem Wissenschaftsdogmatismus⁷. Schließlich lassen starre Bindungskriterien keine Verwirklichung der Vertrauensbeziehung Arzt - Patient⁸ zu.

1) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 23; Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 19

2) Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3026f; Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 19; Köster, Haftung des Arztes, S. 95

3) Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422; vgl. auch Dotzauer aaO.

4) Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 158

5) Vgl. Schettler Dt. Ärztebl. 1965, 549, 550f; Kriele NJW 1976, 355 unter jeweils anderen Gesichtspunkten, s. Fußn. 6 u. 7

6) Beispiele bei Schettler aaO. S. 550f

7) Kriele aaO. S. 358

8) Vgl. oben D I 1 c aa = S. 60ff

Die ärztliche Methodenwahl ist somit prinzipiell weder an die Schulmedizin noch an den Stand der medizinischen Wissenschaft gebunden¹.

(3) Zum Schutze des Patienten könnte jedoch bei gefährlichen oder zumindest bei lebensgefährlichen Erkrankungen eine Bindung des Arztes an die Schulmedizin bzw. den Stand der medizinischen Wissenschaft zu verlangen sein². Dabei könnte man eine desto stärkere Bindung an die Schulmedizin mit ihrer gesicherten Erfolgsrate fordern, je gefährlicher die Krankheit ist. Bei Krebserkrankungen kämen danach beispielsweise in der Hauptsache nur noch Operation und Bestrahlung als Behandlungsarten in Betracht³. Gerade bei gefährlichen und lebensgefährlichen Krankheiten ist aber medizinischer Fortschritt notwendig und eine schematische Behandlung nicht angezeigt. Die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten durch die Wahl einer vom Arzt vorgeschlagenen Behandlungsmethode muß hier - wie sonst auch - möglich sein, ohne daß die Zahl der Behandlungsalternativen vom Recht unvertretbar eingeschränkt wird.

Zu erwägen bliebe noch, den Arzt bei akuten⁴ Krankheiten, d.h. bei plötzlich auftretenden Erkrankungen mit heftigem und kurzdauerndem Verlauf, an Schulmedizin und Stand der medizinischen Wissenschaft zu binden. Demgegenüber könnte dem Arzt bei chronischen, also langsam verlaufenden und sich langsam entwickelnden Krankheiten⁵ ein Spielraum einzuräumen sein. Auf diese Weise ließe sich der unterschied-

1) Vgl. die Nachweise zu den oben bei C I, II, IV, V dargestellten Meinungsgruppen - S. 51 FN 2, S. 52 FN 1, 3, 4, 8, S. 54 FN 1, 2, 3, S. 55 FN 1

2) S. oben die Nachweise bei C III = S. 53; vgl. auch BGH NJW 1960, 2253 oben bei B I 6 = S. 41f

3) Vgl. Bauer NJW 1963, 369, 373; Koller NJW 1963, 381

4) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 23 - Stichwort "akut"

5) Vgl. Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 116 Stichwort "chronisch"

lichen zeitlichen Frist für Wahl und Durchführung der ärztlichen Behandlungsentscheidung Rechnung tragen. Die fließenden Übergänge zwischen akuten und chronischen Erkrankungen und ihre lediglich graduellen Unterschiede rechtfertigen eine derartige Trennung aber nicht.

Schulmedizin bzw. Stand der medizinischen Wissenschaft sind also keine Kriterien, die schlechthin geeignet sind, die Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit in der Methodenauswahl zu bestimmen. Der Arzt ist bei der Auswahl seiner Behandlungsmethode nicht in der Weise an diese Maßstäbe gebunden, daß ihm die Wahl einer anderen Therapie untersagt ist. Es kommt aber durchaus in Betracht, daß die Maßstäbe "Schulmedizin" bzw. "Stand der medizinischen Wissenschaft" in anderem Zusammenhang für das Thema dieser Arbeit fruchtbar gemacht werden können¹.

bb) Keine Bindung an objektiv zu treffendes Wahrscheinlichkeitsurteil

Der Strafrichter könnte die ärztliche Therapiewahl weiter daraufhin zu überprüfen haben, ob der Arzt die beste in Betracht kommende Behandlungsmethode gewählt hat. Erforderlich wäre danach, mit Hilfe von Sachverständigen zu klären, welches Verfahren aus der ex-ante-Sicht im konkreten Fall die besten Erfolgsaussichten geboten hätte, insofern wäre ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu fällen². Bei Mißlingen der ärztlichen Behandlung unter Wahl einer anderen Therapie wäre so das Vorliegen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, also des Kunstfehlers³, ohne weiteres anzunehmen. Allerdings bedürften Kausalität und persönliche Vorwerfbarkeit noch zusätzlicher Prüfung.

1) Vgl. unten D II 1 c cc (2)(a) = S. 135ff

2) Vgl. Nachweise oben bei C II = S. 51ff

3) Vgl. oben A I 2 b cc = S. 19f

(1) Es fragt sich aber, ob die Bindung¹ des Arztes an die objektiv beste Behandlungsmethode angemessen ist.

Aufgrund der Übernahme der Behandlung hat der Arzt eine Garantenstellung, die ihn zur bestmöglichen Betreuung des Kranken verpflichtet². Die Verpflichtung zur Wahl der objektiv besten Therapie ließe sich also aus der Garantenstellung des Arztes herleiten. Daneben könnte sie aus der beruflich-ethischen Verpflichtung des Arztes begründet werden³.

(a) Die Garantenpflicht des Arztes darf indes nicht einseitig allein aufgrund der Behandlungsübernahme bestimmt werden. Sie ist vielmehr mit dem durch Art. 2 I GG gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht des Patienten⁴ in Einklang zu bringen und gegen dieses abzugrenzen. Das Selbstbestimmungsrecht verlangt namentlich dann besondere Beachtung, wenn für die Behandlung des Patienten wesentlich verschiedene Methoden mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen - etwa eine Nierenverpflanzung und Dialyse⁵ - in Betracht kommen. Hier muß der Wille des Kranken selbst in die Abwägung einbezogen werden. Er muß sich selbst ein Urteil bilden über die durch abweichende Therapieformen etwa bedingte unterschiedliche Belastung bei der Behandlung und die unterschiedliche Beeinträchtigung der Lebensqualität nach Abschluß der jeweiligen ärztlichen Maßnahme. Der Arzt ist aus seiner Betreuungspflicht heraus gehalten, dem Patienten andere Behandlungsmöglichkeiten aufzuzeigen,

1) Auch Fischer, Medizinische Versuche, S. 49 oben spricht ausdrücklich von einer Verpflichtung

2) Vgl. oben D I 1 b cc = S. 59f

3) Vgl. oben D I 1 b aa = S. 57ff und bb = S. 59 sowie § 1 BAÖ

4) Vgl. Trockel NJW 1979, 2329, 2330

5) Vgl. oben D I 2 a = S. 67

ihn entsprechend aufzuklären, sofern sie für den Patienten ernstlich eine Alternative darstellen. Was unter dieser Aufklärungspflicht im einzelnen zu verstehen ist und inwieweit es sich hier auch um eine mit strafrechtlichen Sanktionen versehene Rechtspflicht handelt, bedarf noch eingehender Prüfung. Jedenfalls ist der Arzt nicht befugt, gegen oder ohne den Willen des Patienten nach einer bestimmten Behandlungsmethode vorzugehen. Die ärztliche Garantenpflicht allein ist also noch nicht entscheidend für die Therapiewahl des Arztes; hinzukommen muß, daß der zuvor aufgeklärte Patient dem vom Arzt vorgeschlagenen Behandlungsweg zustimmt. Die ärztliche Garantenpflicht kann deshalb nur Mindestanforderungen für die Therapie festlegen¹. Sie verpflichtet den Arzt zu weitgehender Aufklärung über die Behandlungsmöglichkeiten und einem Eingreifen bei Hilflosigkeit des Patienten. Maßgebend für die Wahl der Behandlungsmethode kann die Garantenpflicht allenfalls werden, wenn der Patient nicht in der Lage ist, sich zu der ärztlichen Behandlung zu äußern und der Arzt aufgrund mutmaßlicher Einwilligung handelt; hierauf wird später noch einzugehen sein².

(b) Außerdem würde die Verpflichtung zur Wahl der objektiv besten Behandlungsmethode für den Strafrichter bedeuten, daß er mit Hilfe von Sachverständigen den Methodenstreit zwischen den im konkreten Fall in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten entscheiden müßte. Gegen eine solche Entscheidung bestehen aber erhebliche Bedenken.

Grundsätzlich hat es seine Berechtigung, wenn im Strafprozeß ein Methodenvergleich in der Weise stattfindet,

1) AA für Spezialfall: Fincke Dt. Ärztebl. 1978, 2519, 2520ff - abl.: Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1096; Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1151f; Plagemann JZ 1979, 257; Samson NJW 1978, 1182, 1184f

2) Vgl. unten D II 2 a cc (2) = S. 220ff

daß die Unterschiede und die Vor- und Nachteile der verschiedenen Behandlungsmethoden einander gegenübergestellt werden¹. Die Ergebnisse und die entscheidenden Punkte eines solchen Methodenvergleiches können auch für die Reichweite der Aufklärung bedeutsam sein, die der Arzt dem einwilligungsfähigen Patienten vor der Behandlung schuldet. Ist der Patient infolge Bewußtlosigkeit oder aus sonstigen Gründen nicht einwilligungsfähig und kommt es deshalb auf die Ermittlung seines mutmaßlichen Willens an², so kann der Methodenvergleich in der Weise fruchtbar gemacht werden, daß er die Besonderheiten der verschiedenen Heilverfahren deutlich und unter Umständen erkennbar macht, in welche Möglichkeit der Behandlung der Kranke mutmaßlich eingewilligt haben würde. Der Methodenvergleich kann auch helfen, die Grenze zwischen der ärztlichen Therapiewahl und ihrer Ausführung zu konkretisieren³, indem er ermittelt, welche Faktoren noch der Therapiewahl zuzuordnen sind.

Die positive Beurteilung des Methodenvergleiches ändert sich aber, wenn dieser zu einer verbindlichen Entscheidung zwischen verschiedenen Heilverfahren führen soll, um die objektiv beste Behandlungsmethode festzulegen. In dieser Ausgestaltung kann der Methodenvergleich regelmäßig nur Aufgabe einer Vorlesung oder einer wissenschaftlichen Diskussion sein⁴. Selbst in einem solchen Rahmen wird die

1) Bejahend zur Notwendigkeit eines Methodenvergleiches: RG JW 1937, 3087, 3089 - oben B I 3 = S. 39f; RGSt 74, GU, 61 - oben B I 4 = S. 40; BGH NJW 1962, 1780, 1782 - oben B I 7 = S. 42f; s. auch Zusammenfassung der Rechtsprechungsmeinung bei B II 1 = S. 44 und Nachweise für die entsprechende Literaturfassung bei C I = S. 51

2) Ausführlich zur mutmaßlichen Einwilligung D II 2 a cc (2) = S. 220ff

3) Dazu oben D I 2 vor a = S. 64ff

4) Vgl. Dotzauer Dt. Ärztebl. 1976, 3025, 3026

Abwägung zwischen den verschiedenen Therapiemöglichkeiten in den seltensten Fällen zu eindeutigen Ergebnissen führen können, weil eine zwingende Beweisführung kaum je möglich sein wird und die Vertreter jedes Verfahrens geneigt sind, dessen Wert und Erfolge herauszustellen¹. Dies ergibt sich schon aus dem oben (S. 67f) vorgenommenen Vergleich zweier Verfahren der Schulmedizin: nämlich der Hämodialyse und der Organtransplantation bei Vorliegen von Nierenversagen. Die Vielschichtigkeit der Abwägungskriterien würde hier eine Methodenentscheidung praktisch unmöglich machen. Im Regelfall ist aber ein Strafverfahren mit Sachverständigenanhörung noch weniger geeignet, Wert und Unwert von medizinischen Behandlungsmethoden im Wege vergleichender Betrachtung verbindlich zu klären. Bei einem solchen Vorgehen können zudem die Besonderheiten des konkreten Falles aus den Augen verloren werden.

Hinzu kommt die Gefahr, daß die sachverständigen Vertreter der Schulmedizin im Strafprozeß aufgrund ihrer größeren Hilfsquellen (Vorlage wissenschaftlicher Abhandlungen, Erfahrungsberichte, Statistiken) ihre Meinung durchsetzen, so daß eine in ihrem Sinne lautende Methodenentscheidung ergeht. Damit entsteht für den medizinischen Außenseiter ein erhebliches Risiko, wegen falscher Methodenwahl bestraft zu werden. Wenn die Methodenentscheidung des Strafrichters für den Arzt als Konkretisierung der von ihm unverzichtbar geschuldeten Sorgfalt schlechthin verbindlich wäre, könnte dieser dem Strafbarkeitsrisiko auch nicht dadurch entgehen, daß er den Patienten vor Beginn der Behandlung umfassend aufklärt. Eine solche Situation ist für den Arzt aber unzumutbar. Auf diese Weise könnte überdies der

1) Vgl. das Beispiel einer wissenschaftlichen Diskussion über die beste Therapie eines Bronchialkarzinoms bei Schettler Dt. Ärztebl. 1965, 549,550

medizinische Fortschritt gefährdet werden, der nicht zuletzt auf der Konkurrenz verschiedener Behandlungsverfahren beruht. Eine Methodenentscheidung des Strafrichters ist somit abzulehnen. Dies spricht ebenfalls entscheidend gegen eine - zumindest generelle - Verpflichtung des Arztes, die objektiv beste Behandlungsmethode zu wählen, die im Strafprozeß durch die Gutachten von Sachverständigen zu ermitteln wäre.

(2) Eine Überlegenheit der praktizierten Methode könnte allenfalls bei Neulandbehandlungen¹ und Organverpflanzungen² zu verlangen sein. Bei beiden könnte wegen ihrer Besonderheiten zu fordern sein, daß sie die beste verbliebene Behandlungsmethode sind.

Neulandbehandlungen und Organverpflanzungen weisen aber keine prinzipiellen Unterschiede zu sonstiger ärztlicher Behandlung auf. Auch hier erscheint eine Methodenentscheidung deshalb nicht angebracht. Den Besonderheiten von Neulandbehandlungen und Organverpflanzungen ist vielmehr durch eine entsprechende Ausgestaltung der Aufklärungspflicht und durch die Anforderungen an Erprobung und Voruntersuchung des Behandlungsverfahrens Rechnung zu tragen.

Der Arzt ist also grundsätzlich nicht an die nach objektiven Kriterien zu ermittelnde beste Behandlungsmethode für seinen Patienten gebunden. Der Strafrichter hat dementsprechend seine Prüfung nicht auf diese Frage zu erstrecken.

1) Vgl. die Nachweise oben bei C II 2 = S. 52

2) Vgl. die Nachweise bei C II 3 = S. 52f

cc) Reduzierung der Wahlfreiheit auf Null

Für einen Ausnahmefall könnte aber eine Methodenentscheidung des Strafrichters anzuerkennen sein. Die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur billigen dem Arzt in der Therapiewahl prinzipiell einen Spielraum zu, sie verpflichten ihn aber zur Anwendung einer bestimmten Methode, wenn diese als die weitaus wirksamste gilt¹.

(1) Dogmatisch ließe sich die Reduzierung der Wahlfreiheit des Arztes in diesen bestimmten Fällen wieder aus seiner Garantenpflicht gegenüber dem Patienten² oder aus seiner beruflich-ethischen Verpflichtung³ herleiten. Dennoch bleiben - auch wenn die zahlenmäßig erfaßten Fälle hier wesentlich geringer als oben⁴ sind - die dort geltend gemachten Bedenken bestehen: die Therapiewahl ist grundsätzlich eine Frage des Selbstbestimmungsrechtes und damit der Aufklärung des Patienten, eine Methodenentscheidung im Strafverfahren ist verfehlt. Besonderheiten gelten nur für die Fälle, in denen dem Patienten wegen Bewußtlosigkeit o.ä. die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes unmöglich ist: dieser Bereich wird noch eigenständig zu behandeln sein⁵. Regelmäßig dürfte es jedoch zum Schutze des Patienten ausreichend sein, objektive Maßstäbe

1) Vgl. RG JW 1937, 3087, 3089 - oben B I 3 = S. 39f; RGSt 74, 60, 61 - oben B I 4 = S. 40; BGH NJW 1962, 1780, 1782 - oben B I 7 = S. 42f; s. auch Zusammenfassung der Rechtsprechungsmeinung bei B II 1 = S. 44 und Nachweise für die entsprechende Literaturauffassung bei C I = S. 51

2) Vgl. oben D I 2 a bb (1) = S. 76ff- insbes. (a) = S. 76f

3) Vgl. oben D I 2 a bb (1) = S. 76ff

4) AaO. vgl. Fußn. 3

5) Vgl. unten D II 2 a cc (2) = S. 220 ff

hinsichtlich Tauglichkeit bzw. Unschädlichkeit von Heilmethoden zu entwickeln.

Gegen die Reduzierung der Wahlfreiheit auf Null bei weit- aus größter Wirksamkeit eines Heilverfahrens spricht weiterhin, daß es sich hierbei um ein positives Kriterium handelt. Das löst Gefahren aus, die bei entsprechenden negativen Kriterien (beispielsweise: Anwendung aller anderen derzeit vorhandenen Heilmittel unzulässig, weil bei ihnen Behandlungserfolg ausgeschlossen) nicht eintreten. Es wird nämlich quasi ein Gebot ausgesprochen, ein bestimmtes Mittel zur Heilung einer bestimmten Krankheit zu benutzen. Das wiegt aber schwerer als das Verbot, ein bestimmtes Mittel zur Heilung einer bestimmten Krankheit zu verwenden. Letzteres läßt Alternativen offen, ersteres nicht.

Wie bedenklich die Festlegung auf die Behandlungsmethode mit größter Wirksamkeit ist, veranschaulicht die Entscheidung RGSt 74, 60, 61¹, in der das Reichsgericht von der überragenden Wirksamkeit der Lebertherapie zur Heilung einer perniziösen Anämie² ausgegangen ist. Nach dem heutigen Stand der Wissenschaft ist die perniziöse Anämie durch Zufuhr von Vitamin B₁₂ zu behandeln³. Dieses ist zwar neben dem Darminhalt gerade auch in der Leber vorhanden⁴. Dennoch werden die alten injizierbaren Leberpräparate nur mehr in Ausnahmefällen verwendet⁵. Als weiteres

1) Vgl. oben B I 4 = S. 40

2) Erklärung dieser Erkrankung oben B I 4 = S. 40

3) Braunsteiner, Krankheiten des Blutes in: Dennig, Lehrbuch der inneren Medizin, S. 188; Stich in: Therapie innerer Krankheiten, S. 205, 206; Löffler/Pralle, Hämatologie in: Innere Medizin u. Chirurgie, S. 268; Pribilla, Erkrankungen der roten Blutzellen in: Lehrbuch der inneren Medizin, S. 134

4) Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke S. 623, Stichwort Vitamin/Vitamin B₁₂

5) Braunsteiner aaO.

Mittel kommt Folsäure zur Heilung der perniziösen Anämie in Betracht, wenngleich sie nicht allein verwendet werden soll¹. Die Formel von der überragenden Wirksamkeit der Lebertherapie zur Behandlung der perniziösen Anämie ist heute damit zumindest mißverständlich. Es muß deshalb klar gesagt werden, daß derartige Ausführungen in der Regel nicht in strafrechtliche Urteile hineingehören; in extrem gelagerten Fällen sind jedoch Ausnahmen denkbar.

Schließlich ist ein letztes Bedenken gegen die Verpflichtung des Arztes zur Wahl des weitaus wirksamsten Heilverfahrens anzuführen. Wenn der Patient nach vorheriger Aufklärung die Wahl der weitaus wirksamsten Behandlungsmethode ablehnt, so ist es immer noch besser, der Arzt wendet eine andere Methode mit Heilungschance für den Patienten an, als wenn er gar nichts unternimmt².

Eine generelle Verpflichtung des Arztes zur Anwendung der weitaus wirksamsten Behandlungsmethode ist damit jedenfalls insoweit abzulehnen, als der Patient in der Lage ist, sein Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen.

(2) Zu erwägen ist noch, ob der Arzt nicht das weitaus wirksamste Heilverfahren zu praktizieren hat, wenn als Alternative nur die - regelmäßig besonders gefährlichen - Neulandbehandlungen oder Organtransplantationen in Betracht kommen. Neulandbehandlungen und Organtransplantationen unterscheiden sich aber, wie bereits gesagt³, nicht

1) Braunsteiner aaO.

2) Ob die Rechtsprechung von ihrem Ausgangspunkt bei ablehnender Haltung des Patienten gegen die "weitaus wirksamste" Therapie eine Ausnahme machen würde, ist ungeklärt. Entscheidend ist es aber, im vorliegenden Zusammenhang zu zeigen, daß es eine schlechthin bestehende Verpflichtung des Arztes zur Wahl einer bestimmten Behandlung nicht geben kann

3) S.o. O I 2 a bb (2) = S. 80

prinzipiell von sonstigen Behandlungsmethoden. Ihren Besonderheiten kann dadurch Rechnung getragen werden, daß etwa eine Organtransplantation nur unter sehr strengen Voraussetzungen für zulässig erachtet wird¹. Durch solche negativen Ausschlußkriterien wird aber eine positive Bindung an eine bestimmte Therapie im Einzelfall vermieden.

Die Freiheit des Arztes in der Methodenwahl ist also grundsätzlich nicht durch die Verpflichtung zur Anwendung der weitaus wirksamsten Therapie eingeschränkt.

dd) Notwendigkeit der Bejahung eines Spielraumes

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß der Arzt in seiner Therapiewahl vom Strafrecht grundsätzlich weder an die Schulmedizin noch an die durch Sachverständigenanhörung zu ermittelnde objektiv beste Therapie oder an die als weitaus wirksamste geltende Behandlungsmethode gebunden wird. Prinzipiell hat der Arzt also einen Spielraum.

Dieses Ergebnis ist noch am Verfassungsrecht zu messen.

Die Verfassung berechtigt den Gesetzgeber unzweifelhaft, vom Patienten zur Verwirklichung seines Grundrechtes aus Art. 2 II, 1 GG Gefahren abzuwenden². Dementsprechend kann der Gesetzgeber Zonen gesteigerter Risiken bezeichnen und diese dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten entziehen³. Darüber hinaus fehlt dem Staat aber eine Legitimation, ungeachtet des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, die Auswahl zwischen den Therapiemöglichkeiten

1) Vgl. Bauer, Chirurg, 67, 245, 250; vgl. auch v. Bubnoff GA 1968, 65, 69, 70

2) Gallwas NJW 1976, 1134, 1135

3) Gallwas aaO.

zu beschränken, die im konkreten Fall in Betracht zu ziehen sind. Der Staat darf die Vorstellungen von Arzt und Patient über den richtigen Behandlungsweg insoweit also nicht durch eigene therapeutische Vorstellungen verdrängen¹. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit schützt den Einzelnen grundsätzlich auch vor staatlicher Bevormundung im Hinblick auf den rechten Grundrechtsgebrauch², weil es dem Staat an einer umfassenden Kompetenz zur Gesundheitsförderung fehlt³. Als Ausfluß des Selbstbestimmungsrechts enthält Art. 2 II, 1 GG gleichermaßen das Recht auf objektiv falsche Entscheidungen und ein immanentes Risiko des Scheiterns⁴.

Dies bedeutet, daß auch nach der Verfassung die Therapiewahl dem Selbstbestimmungsrecht des Kranken zugeordnet ist. Ein Einschreiten des Staates - und damit der Strafgewalt - ist erst gerechtfertigt, wenn die konkret eingeschlagene Therapie erfaßbare Gefahren aufweist. Diese gilt es im weiteren herauszuarbeiten.

b) Kein Spielraum bei Ausführung der Behandlungsmethode

Bevor die Gefahren der ärztlichen Methodenwahl herausgearbeitet, für ihre strafrechtliche Beurteilung Maßstäbe entwickelt und dogmatisch abgesichert werden, ist zuvor noch der Frage nachzugehen, ob bei der Ausführung einer

1) Gallwas aaO.

2) Gallwas aaO.

3) Gallwas aaO. mit Hinweis auf eine von Landau in der 17. Sitzung des Unterausschusses "Arzneimittelrecht" des Deutschen Bundestages am 26.11.1975 vertretene Gegenansicht

4) Gallwas aaO.; MDH-DÜrig, GG, Art. 2 II Rdn 37, vgl. auch BGH NJW 1980, 2751, 2752f

Behandlungsentscheidung ebenso ein Spielraum anzuerkennen ist wie bei der Methodenwahl selbst.

aa) Die Ausführung der Behandlungsentscheidung erschöpft sich in der Verwirklichung der Methodenwahl¹. Es kommt dabei nur auf ein im Rahmen der Methode festgelegtes Verhalten des Arztes an². Hier besteht kein sachlicher Grund für die Zubilligung eines ärztlichen Entscheidungsspielraumes; ein solcher ist daher abzulehnen³.

bb) An das Maß der ärztlichen Sorgfalt bei der Ausführung der Behandlungsentscheidung sind zum Schutze des Patienten strenge Anforderungen zu stellen⁴. Geschuldet ist die erforderliche - nicht die übliche - Sorgfalt⁵, was mit der oben⁶ entwickelten Definition des Kunstfehlers übereinstimmt. Bei Streit oder Unklarheit über die angemessene Vorsicht wird regelmäßig die Beachtung der größeren Vorsicht verlangt⁷. Für die strafrechtliche Beurteilung kommt es jedoch auf die Umstände des Einzelfalles an. Stets zu berücksichtigen sind dabei die Gefahren für

1) Vgl. oben D I 2 vor a = S. 64ff

2) Genauer s.o. aa0.

3) Vgl. auch Deutsch NJW 1976, 2289, 2290 mit seiner Fallgruppe der Verhaltensfahrlässigkeit

4) Vgl. oben A I 1 d bb = S. 11 und Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu & 15

5) BGH NJW 1956, 1834, 1835; Uhlenbruck, Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 444; Laufs NJW 1980, 1315, 1317 stellt auf den Standard der Medizin zur Zeit des Eingriffs ab

6) Vgl. A I 2 b cc = S. 19f

7) BGH NJW 1956, 1834, 1835; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 232; Uhlenbruck, Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 444

den Kranken und die Frage, welches Verhalten und welches Maß an Vorsicht dem Arzt in der konkreten Situation zugemutet werden können.

cc) Die Zahl der möglichen Kunstfehler bei der Ausführung einer Therapie ist nicht meßbar¹. Sie lassen sich aber mit allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen durchaus erfassen². Eine detaillierte Erörterung muß hier allerdings unterbleiben, da sonst der Rahmen des Themas, mit dem vorrangig die Freiheit des Arztes in der Therapiewahl angesprochen ist³, gesprengt würde. Es soll jedoch ein Überblick gegeben werden, um den Gesamtbereich möglicher ärztlicher Kunstfehler deutlich zu machen und klarzustellen, welche Fälle eindeutig der Ausführung der ärztlichen Methodenwahl zuzurechnen sind. Zweckmäßig ist es dabei, Fallgruppen zu bilden⁴, weil nur so eine systematische Erfassung der Fehler möglich ist, die der Arzt bei der Durchführung einer zuvor getroffenen Therapiewahl machen kann.

Bei der Fallgruppenbildung wird von einer Auffassung in der Literatur⁵ zwischen medizinischen, allgemeinen, organisatorischen und informatorischen Fehlleistungen bei der ärztlichen Behandlung unterschieden. Unter medizinischen Fehlleistungen sollen dabei die Fehler des Arztes bei Auswahl oder Durchführung der Therapie oder durch schlechte Nichtbehandlung zu verstehen sein⁶, allgemeine Fehlleistungen sollen die Verletzung normaler menschlicher Vorsicht wie etwa die Verwechslung von Spritzen

1) Stooß, Chirurgische Operation, S. 54-57; insbes. S. 57 vierter Absatz

2) Stooß aaO. S. 57

3) Vgl. oben A I 1 a = S. 1f

4) Ebenso Deutsch VersR 1977, 101 unter I,1

5) Deutsch VersR 1977, 101-104

6) Deutsch aaO. S. 101-103 unter II 1

betreffen¹, als organisatorische Fehlleistung soll insbesondere die Betätigung von Gehilfen anzusehen sein, die nicht richtig ausgewählt, angewiesen oder überwacht worden sind², und als informatorische Fehlleistung soll vor allem die nicht hinreichende Aufklärung des Patienten in Betracht kommen, dem die erforderlichen Verhaltensregeln für die bei ihm angewandte Behandlung nicht gegeben werden³. Diese Fallgruppen können aber noch nicht vollständig befriedigen; namentlich die Fallgruppe der allgemeinen Fehlleistungen ist begrifflich nicht hinreichend klar, allgemeine und medizinische Fehlleistungen werden nicht deutlich auseinandergehalten. Genauer ist es, wenn zunächst zwischen der sorgfältigen Vorbereitung, Durchführung und Nachbetreuung der konkreten ärztlichen Maßnahme getrennt wird. Daneben treten die Pflichten, welche die Gesamtbehandlung des Kranken betreffen. Hier ist zu unterscheiden zwischen der Beachtung der allgemeinen (Verkehrs-) Sicherungspflichten, den Aufsichts- und Koordinierungspflichten des verantwortlichen Arztes gegenüber ärztlichem und nichtärztlichem Hilfspersonal sowie schließlich der Wahrnehmung seiner Informationspflichten gegenüber dem Patienten, insbesondere der Warnung vor bestimmten Gefahren und Auswirkungen der Therapie.

(1) Die Pflicht zur sorgfältigen Vorbereitung der ärztlichen Maßnahme verlangt zunächst, daß der Arzt eine ausreichende Sachkunde sowohl über die einzuschlagende Methode⁴ als auch über die einzusetzenden technischen

1) Deutsch aaO. S. 103 unter II 2

2) Deutsch aaO. S. 103f unter II 3

3) Deutsch aaO. S. 106 unter II 4

4) Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 233; vgl. auch Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15

Geräte¹, Arzneimittel usw. bereits hat oder sie sich rechtzeitig verschafft. Die erforderliche Sachkunde des Arztes wird später² noch eingehender zu erörtern sein, weil sie Voraussetzung für den Beurteilungsspielraum des Arztes bei der Therapiewahl ist. Ebenso verhält es sich mit dem Erfordernis der umfassenden Untersuchung des Patienten^{3,4}, das ebenfalls zur sorgfältigen Vorbereitung der ärztlichen Maßnahme gehört. Unvollständig ist die Untersuchung etwa, wenn ein notwendiger Hausbesuch unterlassen wird⁵; eine Fehlleistung des Arztes bei der Untersuchung liegt vor, wenn Krankheitssymptome übersehen werden⁶. Neben diese eigentliche Untersuchung tritt regelmäßig noch die Pflicht des Arztes, weitere Umstände - wie etwa die Krankheitsgeschichte des Patienten - durch Fragen zu ermitteln.

Die Pflicht zur sorgfältigen Vorbereitung der ärztlichen Maßnahme stellt an den Arzt aber noch eine Vielzahl sonstiger Anforderungen, von denen hier nur einige beispielhaft angeführt werden können. So muß bei ärztlichen Eingriffen für eine genügende Asepsis⁷ gesorgt sein⁸: Eine Verunreinigung der Wunde muß bestmöglich ausgeschlossen

1) Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224

2) S. unten D II 1 c bb (1) = S. 109ff

3) Umfassende Untersuchung verlangen: Stooß, Chirurgische Operation, S. 54, 57; Deutsch VersR 1977, 101

4) Eingehend zur Untersuchung s. unten D II 1 c aa = S.99ff

5) Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 225

6) Deutsch VersR 1977, 101

7) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 65 - Stichwort: Asepsis = Keimfreiheit

8) Vgl. Deutsch VersR 1977, 101, 103; Stooß, Chirurgische Operation, S. 55

werden¹. Im Rahmen des Möglichen haben schließlich die notwendigen Instrumente, technischen Hilfsmittel und das notwendige Personal vorhanden zu sein.

(2) Die Pflicht zur sorgfältigen Durchführung der ärztlichen Maßnahme verletzt der Arzt zunächst dann, wenn er seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt. So muß bei einem Risikofall der Anästhesist die Narkose und die Vitalfunktionen des Patienten ständig selbst überwachen, eine Delegation an ärztliches Hilfspersonal ist unzulässig². Bei der Durchführung der gewählten Methode trifft den Arzt darüber hinaus die Verpflichtung, die hierfür bestehenden Regeln so weit wie möglich zu beachten; anders ist es nur, wenn der Arzt bewußt neue und eigene Wege gehen will, dann ist die ärztliche Methodenwahl angesprochen. Regeln im genannten Sinne sind bei Medikamenten oder Narkosemitteln etwa die vom Hersteller angegebenen Indikationen und Kontraindikationen, bei technischen Geräten die Gebrauchsanleitungen ihrer Hersteller, bei Operationsverfahren ihre Beschreibung entsprechend dem jeweiligen Stand von Wissenschaft und Praxis usw. Eine Vollnarkose darf beispielsweise nach den hierfür bestehenden Anwendungsregeln von Wissenschaft und Praxis grundsätzlich nur bei leerem Magen vorgenommen werden³. In Notfällen darf allerdings auch bei vollem Magen eine Vollnarkose als Intubationsnarkose durchgeführt werden. Neben diesen Anforderungen hat der Arzt auch ein schädliches Übermaß der Behandlung - wie eine Überdosis Röntgenstrahlen - zu vermeiden⁴. Ebenfalls zu vermeiden sind allgemein-menschliche Nachlässigkeiten wie

1) Stooß aaO.

2) Deutsch VersR 1977, 101, 102

3) Deutsch VersR 1977, 101, 103; Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224

4) Deutsch VersR 1977, 101, 102

das Zurücklassen von Fremdkörpern in der Operationswunde¹, ein Verschreiben im Rezept² oder ein unsorgfältiges Ausstellen des Rezeptes, insbesondere im Hinblick auf die einzunehmende Dosis³.

(3) Seine Pflicht zur Nachbetreuung des Patienten verletzt der Arzt u.a. dann, wenn er seinen Beobachtungs- und Nachuntersuchungspflichten nach Abschluß der eigentlichen Heilbehandlung nicht genügt. Derartige Pflichten treffen den Arzt namentlich bei besonders schwerwiegenden Erkrankungen bzw. bei besonders intensiven Behandlungsmaßnahmen. Hier hat sich der Arzt zu vergewissern, ob seine Behandlung erfolgreich gewesen ist oder unerwünschte Folgewirkungen eingetreten sind. Gegebenenfalls hat der Arzt für eine notwendige Nachbehandlung und für Rehabilitationsmaßnahmen zu sorgen. Ist der Kranke nicht oder nicht mehr in stationärer Behandlung, so hat der Arzt ihn auf die Notwendigkeit einer Nachbetreuung und die Folgen ihres Unterbleibens ausdrücklich hinzuweisen; kommt der Patient dieser Aufforderung nicht nach, ist der Arzt aber zu weiterem Tätigwerden, wie etwa einer Mahnung, nicht verpflichtet⁴.

(4) Daneben verlangt die medizinische Betreuung des Kranken die Beachtung allgemeiner (Verkehrs-) Sicherungspflichten: Dem geschwächten Patienten ist zur Vermeidung eines Sturzes vom Untersuchungstisch herunterzuhelfen⁵, der Patient ist vor Ansteckungsgefahren in der Klinik zu bewahren usw.

1) Deutsch VersR 1977, 101, 103; Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 225

2) Stooß, Chirurgische Operation, S. 57

3) Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 234

4) Rieger DMW 1979, 1224

5) Deutsch VersR 1977, 101, 103

(5) Der Arzt darf weiter seine Aufsichtspflicht bezüglich der Gesamtbehandlung gegenüber allen nachgeordneten ärztlichen Mitarbeitern und dem nichtärztlichen Hilfspersonal nicht verletzen¹; im Rahmen des Möglichen trifft den Arzt insoweit auch eine Auswahlpflicht². Daneben hat der verantwortliche Arzt die Pflichten der an der Heilbehandlung Beteiligten so zu koordinieren, daß im Interesse des Patienten die bestmögliche Betreuung gewährleistet ist.

(6) Schließlich muß der Arzt den Patienten über alle die Punkte informieren, über die von der Therapie her eine Information geboten ist. So muß der Arzt den Kranken darüber in Kenntnis setzen, wie er sich bei der gewählten Behandlungsmethode verhalten muß und welches der Therapie abträgliche Verhalten er zu unterlassen hat. Bei der Verschreibung eines gefährlichen Medikamentes hat der Arzt dem Patienten dessen Anwendung und die Dosierung genau und verständlich zu erklären³. Gegebenenfalls hat er durch ärztliche Überwachung die nicht gefährdende Anwendung sicherzustellen⁴. Weiter muß der Arzt den Patienten über die durch seine Behandlung bewirkten Folgen informieren und ihn vor dem Eintritt von Komplikationen warnen⁵.

dd) Die erwähnten Fallgruppen sind nicht vollständig. Sie dürften aber bereits einen Überblick über den Kreis der Verhaltensweisen vermitteln, bei denen ein ärztlicher Entscheidungsspielraum nicht in Betracht kommt, sondern die erforderliche Sorgfalt nur durch die Umstände des Einzelfalls modifiziert werden kann.

1) Vgl. BGH NJW 1955, 1487; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 235; Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15

2) Vgl. hierzu für die parenterale Arzneimittelanwendung: Hollmann, Dt. Ärztebl. 1980, 396

3) Vgl. Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 234f

4) BGH NJW 1970, 511

5) Vgl. Deutsch VersR 1977, 101, 104

II) Überprüfbarkeit der fachspezifischen Therapiewahl des Arztes

1) Entwicklung von Prüfungskriterien

Die Überprüfung der Methodenwahl des Arztes auf etwaige Fehler bedingt Klarheit darüber, welche Kriterien für eine Beurteilung bedeutsam sind. Es gilt daher zunächst, Kriterien herauszuarbeiten, mit deren Hilfe die Überprüfung vorgenommen werden kann. Dabei ist namentlich auch die Eigenart ärztlichen Handelns zu berücksichtigen.

a) Ermessen des Arztes, Überprüfbarkeit nur auf Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlgebrauch

Im Schrifttum wird im Zusammenhang mit der Therapiewahl des Arztes wiederholt von Ermessen, Ermessensentscheidung und Ermessensspielraum gesprochen¹. Das ärztliche Abwägen von Nutzen und Gefahren einer Maßnahme wird also mit dem Begriff des Ermessens erfaßt. Dieser Begriff wird vor allem im Verwaltungsrecht verwandt, er findet aber beispielsweise auch bei der Strafzumessung im Strafrecht Verwendung². Es fragt sich jedoch, ob der Begriff des Ermessens in gleicher Weise für das Arztrecht zutrifft.

Der strafrechtliche Ermessensbegriff beschränkt sich auf die Festsetzung der Rechtsfolgen der Tat, einen Bereich, in welchem dem Strafrichter die Beurteilung der Bedeutung

1) Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 9, 22f; ders. NJW 1976, 2289, 2290; Elbel/Hagedorn, Ärztl. Ermessensspielraum bei der Heilbehandlung gem. E 62, insbes. S. 41f, Geilen, Einwilligung, S. 72; Kleinsorge, Med. Klin. 71 (1976), 1093, 1094; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125; Wachsmuth, Arzt u. Arzneimittelrecht 1977, 179, 181

2) Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 1 u.ö.; Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 7, 66ff zu § 46

von Strafzumessungstatsachen, aber auch die Beurteilung von Zweckmäßigkeitsfragen (etwa bei der Erteilung von Weisungen nach § 56 c StGB, bei der Auswahl unter mehreren Maßregeln) überantwortet wird¹. Das hat mit der hier anstehenden Problematik, bei der es um die Reichweite der Überprüfbarkeit der Methodenwahl des Arztes in tatsächlicher Hinsicht geht, aber nichts zu tun. Insoweit fehlt es wegen der unterschiedlichen Materie an einer Vergleichbarkeit.

Unter Ermessen im verwaltungsrechtlichen Sinne ist der Spielraum zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Verhaltens zu verstehen². Die Entscheidung für eine dieser Möglichkeiten erfolgt dann unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten³.

Gegen die Übernahme dieses Ermessensbegriffes in das Arztrecht spricht, daß die ärztliche Entscheidung in erster Linie auf das Wohl des Patienten ausgerichtet sein muß⁴, die für das Ermessen charakteristische Zweckmäßigkeit ist zwar nicht ausgeschlossen, aber dem Wohl des Patienten eindeutig untergeordnet. Auch deutet der Begriff des Ermessens im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auf eine zu große Freiheit des Arztes: Dem Arzt steht zwar die Beurteilung zu, welche Therapie im konkreten Falle geboten ist, der vorgeschlagene Behandlungsweg bedarf jedoch der Billigung des Patienten. Entscheidend

1) Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 7 zu § 46

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 84; Stelkens-Bonk-Leonhardt, VwVfG, Rdn 11 zu § 40 VwVfG; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 2 I 2 = S. 7 - abweichend: Kopp, VwVfG, Anm. 2 b zu § 40 VwVfG

3) Stelkens-Bonk-Leonhardt aaO.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 II a = S. 194f

4) Vgl. oben D I 1 b bb = S. 59 und cc = S. 59f

dürfte sein, daß der Spielraum des Arztes bei der Methodenwahl nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht. Das könnte das Recht bei derart schwerwiegenden Entscheidungen nicht zulassen. Der Spielraum ist vielmehr deshalb anzuerkennen, weil die Entscheidung des Arztes von einer Vielzahl psychischer, physischer und sozialer Komponenten¹ und namentlich auch von der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient² abhängt. Die ärztliche Methodenwahl ist somit eine höchstpersönliche Entscheidung³, denn sie ist nicht ohne weiteres durch die Entscheidung eines anderen ersetzbar und daher auch nicht ohne weiteres auf ihre Richtigkeit nachprüfbar. Die Höchstpersönlichkeit der ärztlichen Entscheidung wird vom verwaltungsrechtlichen Ermessungsbegriff aber nicht erfaßt. Er ist aus diesem Grunde für das Strafrecht des Arztes abzulehnen.

- b) Vertretbarkeit der ärztlichen Entscheidung,
Pflichtwidrigkeit des Arztes nur bei unver-
tretbaren Maßnahmen

In der Literatur wird das ärztliche Handeln vereinzelt daran gemessen, ob es noch als vertretbar angesehen werden kann⁴.

Auch der Begriff der Vertretbarkeit wird vor allem im Verwaltungsrecht verwendet. Er gewinnt jedoch im Strafrecht zunehmend an Bedeutung. Hier wird er für die revisionsgerichtliche Überprüfung tatrichterlicher Entscheidungen

1) Vgl. oben D I 1 c bb = S. 62f

2) Vgl. oben D I 1 c aa = S. 60ff

3) Vgl. oben D I 1 c aa = S. 60ff

4) Vgl. Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 23; s. aber auch BGH NJW 1981, 633

gen wie der Strafzumessung¹ oder der Strafaussetzung zur Bewährung² fruchtbar gemacht.

Im Verwaltungsrecht wird zum Teil mit Hilfe des Begriffes der Vertretbarkeit den Verwaltungsbehörden bei der Subsumtion unbestimmter Rechtsbegriffe generell ein Wertungsspielraum zugebilligt³. Die sog. Vertretbarkeitslehre hat aber in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴ und des Bundesverwaltungsgerichts⁵ keinen Eingang gefunden, sie wird auch in der verwaltungsrechtlichen Literatur überwiegend abgelehnt⁶. Dies wird damit begründet, daß nach der Vertretbarkeitslehre das, was Recht ist, nicht mehr ausschließlich vom Gesetzgeber bestimmt würde, sondern zumindest in gleicher Weise von demjenigen, der einen Rechtssatz anwendet⁷. Ein solches Ergebnis widerspräche aber dem Rechtsstaatsprinzip und dem Art. 19 IV, 1 GG, der die vollständige Nachprüfung der behördlichen Maßnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewährleiste⁸.

1) BGH NJW 1977, 1247; Lackner, StGB, Anm. 6 c zu § 46; Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 66 zu § 46

2) BGH NJW 1978, 599; Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 40 zu § 56, vgl. aber auch Rdn 27 aE. mwN

3) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 2 I 3 = S. 8f; dazu auch Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 I c 3 = S. 190

4) BVerfGE 15, 275, 282

5) Vgl. BVerwGE 2, 175, 24, 60, 26, 65, 29, 279, 40, 353, 45, 162, 45, 309, 322

6) Bauer, Grundrechtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 125-140; Kloepfer/Malorny, Öffentliches Recht, S. 34f; Schweickhardt, Allg. Verwaltungsrecht, Rdn 270; Schwerdtfeger, Öffentliches Recht, § 5 II 3 b; Stelkens-Bonk-Leonhardt, VwVfG, Rdn 33 zu § 40 VwVfG

7) Schweickhardt, Schwerdtfeger aaO.

8) BVerfGE 15, 275, 282; Schweickhardt aaO.

Auch soweit der Begriff der Vertretbarkeit im Strafrecht Verwendung findet, spricht wenig für seine Übertragung auf das Arztrecht¹. Der Begriff der Vertretbarkeit spielt hier - wie bereits ausgeführt - nur für die Revision gegen die tatrichterliche Strafzumessung bzw. Strafaussetzung zur Bewährung eine Rolle. In den Tatsacheninstanzen aber wird das Verhalten und die Persönlichkeit² des Angeklagten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend gewürdigt. Im Arztrecht würde demgegenüber mit Hilfe des Begriffes der Vertretbarkeit für die Methodenwahl des Arztes ein - selbst in den Tatsacheninstanzen - gerichtsfreier Raum geschaffen.

Insgesamt kann somit der Begriff der Vertretbarkeit für die Überprüfung der Methodenwahl des Arztes nicht anerkannt werden, zumal er sehr unbestimmt ist und unter dem erörterten Gesichtspunkt weder in der Gerichts- noch in der Behördenpraxis eine rechtliche Ausformung erhalten hat.

c) Beurteilungsspielraum für Arzt

Schließlich könnte dem Arzt bei seiner Methodenwahl ein Beurteilungsspielraum einzuräumen sein³.

Im Verwaltungsrecht wird ein Beurteilungsspielraum bejaht, wenn die Vertrautheit der Behörde mit einem bestimmten Gegenstand, ihre Wertungen oder ihre Einschätzung zukünftiger Entwicklungen nicht durch die des Gerichts ersetzt werden können⁴. Andere sprechen in diesem

1) Vgl. aber auch BGH NStZ 1981, 343

2) Im einzelnen vgl. § 46 II StGB u. § 56 I, 2 StGB

3) Diesen Begriff verwendet auch Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422, 424

4) Knack-Busch, VwVfG Anm. 6.2 zu § 40 VwVfG; vgl. auch Kellner NJW 1966, 857, 858; Kopp, VwVfG, Anm. 6 zu § 40 VwVfG; Stelkens-Bonk-Leonhardt, VwVfG, Rdn 34ffzu § 40 VwVfG

Zusammenhang auch von einer Einschätzungsprärogative¹. Es muß sich bei dem Beurteilungsspielraum um Entscheidungen in Bereichen handeln, in denen erfahrungsgemäß jede Beurteilung unter den stillschweigenden Vorbehalten steht, die sich aus der beschränkten menschlichen Erkenntnisfähigkeit ergeben². Beispiele sind etwa Prüfungsentscheidungen und Eignungsbeurteilungen³. Diese sind durch Höchstpersönlichkeit⁴ und durch die Vornahme nicht oder nur eingeschränkt nachvollziehbarer Wertungen charakterisiert⁵.

Gerade das trifft aber auch auf die ärztliche Entscheidung zu. Wie ausgeführt⁶, ist die ärztliche Entscheidung eine höchstpersönliche, weil sie auf einer Vielzahl psychischer, physischer und sozialer Komponenten und nicht zuletzt auf der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient beruht. Der vom Arzt eingeschlagene Behandlungsweg beruht zudem auf einer Einschätzung des künftigen Krankheitsverlaufs, die immer nur eine Prognose sein kann, welche unter dem Vorbehalt der beschränkten menschlichen Erkenntnisfähigkeit steht. In Rechnung zu stellen hat der Arzt auch die Reaktion des Kranken und seiner Umgebung auf einen bestimmten Krankheitsverlauf. Wenn der Arzt alle diese Faktoren berücksichtigt, so kann er ihr jeweiliges Gewicht nur wertend bestimmen. Die ärztliche Entscheidung ist somit nicht ohne weiteres durch die Entscheidung eines anderen

1) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 I c 4 = S. 192

2) Kellner NJW 1966, 857, 859

3) Knack-Busch, VwVfG, Anm. 6.2 zu § 40 VwVfG; Kopp, VwVfG, Anm. 6 zu § 40 VwVfG; Stelkens-Bonk-Leonhardt, VwVfG, Rdn 39, 40 zu § 40 VwVfG

4) Vgl. Kellner NJW 1966, 857, 859

5) Vgl. Stelkens-Bonk-Leonhardt, VwVfG, Rdn 36 zu § 40 VwVfG

6) S. vorstehend unter a = S. 95

ersetzbar und daher nicht ohne weiteres auf ihre Richtigkeit nachprüfbar¹. Da dies auch die Fälle des verwaltungsrechtlichen Beurteilungsspielraumes kennzeichnet, ist der Spielraum des Arztes bei seiner Methodenwahl ebenfalls mit dem Begriff des Beurteilungsspielraumes zu bezeichnen.

Zur sachgerechten Erfassung der ärztlichen Therapiewahl ist es im folgenden erforderlich, die tatsächlichen Voraussetzungen herauszuarbeiten, unter denen dem Arzt dieser Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist². Sodann sind im Hinblick auf die Tauglichkeit der Behandlungsmethode die Grenzen des Beurteilungsspielraumes zu ermitteln.

aa) Vollständige Sachverhaltsermittlung durch behandelnden Arzt, umfassende Untersuchung

(1) Grundlage einer sachgerechten Therapiewahl des Arztes und des dabei anzuerkennenden Beurteilungsspielraumes³ ist zunächst eine umfassende Untersuchung des Patienten. Diese ist somit für die Therapiewahl des Arztes von wesentlicher Bedeutung. Die Pflichten des Arztes bei der Untersuchung des Kranken sind daher über den bereits gegebenen⁴ allgemeinen Überblick hinaus genauer zu betrachten.

(2) Wie bedeutsam diese Pflichten sind, läßt sich schon an den oben (S. 36ff) wiedergegebenen wichtigsten höchstgerichtlichen Entscheidungen erkennen⁵. In einem der

1) S. vorstehend unter a = S. 95

2) Vgl. Kellner NJW 1966, 857, 858: Beurteilungsspielraum muß in tatsächlicher Hinsicht fundiert sein

3) Vgl. oben D I 2 a = S. 66ff

4) Vgl. D I 2 b cc (1) = S. 88ff

5) Vgl. insbesondere B I 5 = S. 41 und B I 6 = S. 41f

angeführten Fälle¹ übernahm der angeklagte homöopathische Arzt die Behandlung des schwer herzkranken Patienten ohne eingehende Untersuchung, diese holte er auch bei einer ihm mitgeteilten Verschlimmerung der Krankheit nicht nach². Derselbe Arzt riet bei einem Darmverschluß eines krebskranken Patienten von der dringend gebotenen Operation ab, indem er ohne eigene Untersuchung die zutreffend gestellte Diagnose für falsch erklärte³. Bei einem weiteren Krebskranken untersuchte der Homöopath nur den Urin und untersagte dann die Einnahme der erforderlichen schmerzstillenden Mittel⁴. In einem anderen der oben mitgeteilten Fälle⁵ unterließ der Angeklagte bei einem Gebärmutterhalskrebs alle gebräuchlichen Diagnosen und beschränkte sich auf seine Augendiagnose. Ähnlich liegt der bisher nicht erwähnte Fall⁶, daß der Arzt bei der Diphtherieerkrankung von zwei Kindern die von diesen genommenen Abstriche nur ungenügend untersuchte, indem er - entgegen dem Stande der Wissenschaft - darauf verzichtete, von den Abstrichen Kulturen anlegen zu lassen. Als die Untersuchung daraufhin negativ ausfiel, unterließ der Arzt es außerdem, die Kinder noch weiter zu besuchen; die Kinder verstarben wenig später an Diphtherie.

(3) Diese Beispiele, aus denen die enge Verknüpfung zwischen der Untersuchung des zu Behandelnden und der sachgerechten Therapiewahl bereits klar hervorgeht, lassen

1) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB - oben unter B I 5 = S. 41

2) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 1 Rückseite

3) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 2 Vorderseite

4) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 2 Rückseite

5) BGH NJW 1960, 2253 - oben unter B I 6 = S. 41f

6) RGSt 74, 350, 351 - die Problematik der umfassenden Untersuchung des Patienten und der ärztlichen Methodewahl stellt in dieser Entscheidung nur ein Randproblem dar

sich unschwer um weitere Beispiele vermehren¹. Stets bleibt es indes eine Frage des Einzelfalles, ob eine Untersuchung den an den Arzt zu stellenden Anforderungen genügt oder ob sie unsachgemäß und als Sorgfaltsverstoß zu werten ist². Es lassen sich jedoch gewissen Grundsätze aufstellen, die für eine Beurteilung des Einzelfalles heranzuziehen sind.

(a) Zunächst ist die Untersuchung des Patienten vollständig, bestmöglich und vom Arzt persönlich durchzuführen³.

(aa) Die Pflicht zur vollständigen Untersuchung bedeutet, daß der Arzt alle nicht ganz fernliegenden Möglichkeiten der Krankheitsursache in Betracht zu ziehen und darauf seine Untersuchung zu erstrecken hat⁴. Er hat insbesondere mehrdeutigen Krankheitssymptomen gründlich nachzugehen⁵. Die von ihm aufgrund seiner Untersuchung gestellte Diagnose hat er ständig zu überprüfen⁶. Zur Wahl der richtigen Therapie hat der Arzt sich weiter über die Krankheitsgeschichte des Patienten, eventuell auch über das Vorkommen bestimmter Krankheiten in dessen Familie, zu unterrichten. Soweit es erforderlich ist, hat er nach dem Vorliegen anderer gefährlicher Krankheiten⁷ zu fragen; namentlich bei

1) Vgl. weiter noch: BGH NJW 1952, 1102, 1103

2) Zu speziellen Rechtspflichten des Arztes in der diagnostischen Radiologie vgl. Uhlenbruck NJW 1981, 1294, 1296

3) Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223 unter B II 1; Isele, Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes, S. 13f; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 277ff; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 233

4) Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223 unter B II 1; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 279

5) Gaisbauer aaO.

6) Stooß, Chirurgische Operation, S. 53

7) Etwa Diabetes oder Herzschwäche: Kohlhaas MMW 64, 2281, 2285

medikamentöser Behandlung hat er sich nach Allergien und Resistenzen des Patienten zu erkundigen¹. Gegebenenfalls ist ein entsprechender Test durchzuführen².

(bb) Die Pflicht zur bestmöglichen Untersuchung des Patienten besagt, daß der Arzt sich aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel moderner Untersuchungstechnik bedienen muß³. Die Untersuchung muß dem jeweiligen Stand der Wissenschaft entsprechen⁴.

Mit dem Stand der Wissenschaft wird hier ein Maßstab eingeführt, der für die Therapiewahl des Arztes als solche abgelehnt worden ist⁵. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die ärztliche Untersuchung und die ärztliche Therapiewahl grundlegende Unterschiede aufweisen. Die Anforderungen an die Untersuchung und deren Ergebnisse sind in aller Regel objektivierbar. Demgegenüber ist die ärztliche Therapie komplex, ihre Wirkungen sind nie sicher einzuschätzen; das für den Patienten hierdurch entstehende Risiko ist durch Aufklärung auszugleichen. Bei der Untersuchung ist ein solcher Ausgleich nicht möglich, da noch gar nicht feststeht, worauf sich die Aufklärung zu beziehen hat. Vor der Untersuchung ist vielfach noch unklar, ob sich überhaupt ein Befund herausstellen wird, der ärztliche Maßnahmen nötig macht. Aus diesen Gründen ist die Untersuchung des Patienten an ein strenges Kriterium wie den Stand der Wissenschaft zu binden. Damit werden eigene Untersuchungsmethoden des behandelnden Arztes nicht

1) Köster, Haftung des Arztes, S. 101ff

2) Köster aaO. S. 105

3) Vgl. Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223 unter B II 1; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 279ff

4) Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 180

5) S.o. D I 2 a aa (2) = S. 72ff

unmöglich gemacht. Diese können bei Versagen der herrschenden Diagnosemöglichkeiten immer noch eingesetzt werden, wenn sie näher zu konkretisierenden Mindestvoraussetzungen genügen. Angesichts dessen sind auch prinzipielle Bedenken gegen den Stand der Wissenschaft als Rechtsbegriff¹ zurückzustellen. Im Interesse und zum Schutze des Patienten bedeutet also die Pflicht des Arztes zur bestmöglichen Untersuchung, daß er insoweit an den jeweiligen Stand der Wissenschaft gebunden ist². Unverzichtbare Untersuchungsmethode ist danach etwa eine Röntgenaufnahme bei Knochenbrüchen³. Welche Einschränkungen die Pflicht zur bestmöglichen Untersuchung erfahren kann, wird noch näher darzustellen sein⁴.

(cc) Schließlich hat der Arzt die Untersuchung in der Regel persönlich vorzunehmen. Grundsätzlich muß er anhand eigener Beobachtung eine eigene Diagnose stellen⁵. Angaben Dritter - namentlich Angehöriger des Patienten - darf er nicht ungeprüft übernehmen, wichtige Befunde hat er selbst zu erheben⁶. Dementsprechend dürfen körperliche Eingriffe von einigem Gewicht nicht allein auf bloßes Hörensagen hin, sondern nur aufgrund ärztlicher Diagnose durchgeführt werden⁷. Beispielsweise darf im Krankenhaus eine Chloroformkur gegen eine Bandwurmerkrankung nur verordnet werden, wenn sich die behandelnden Ärzte vorher vergewissert haben, daß tatsächlich ein Bandwurm vorhanden

1) Dazu D I 2 a aa (2) = S. 73

2) Vgl. zum Vorstehenden OLG Hamburg HansRGZ B 489 - insbes. Leitsatz, S. 492, 494

3) Vgl. Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 280f, s. auch Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224

4) Vgl. nachstehend unter (b) = S. 105 ff

5) BGH NJW 1979, 1248, 1249; Dreher-Tröndle, StGB, Rdn 10 zu § 222; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 277; Stooß, Chirurgische Operation, S. 52

6) BGH NJW 1979, 1248, 1249

7) Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15

ist¹. Eine Gallenoperation darf in der Regel allein dann vorgenommen werden, wenn zuvor das Vorhandensein von Gallensteinen oder eines Tumors der Gallenwege nachgewiesen worden ist. Unzulässig ist es weiterhin, schwer oder lebensgefährlich Erkrankte in Fernbehandlung (etwa durch telefonische Beratung über die anzuwendende Therapie) zu betreuen²; bei leichteren Krankheiten hat der Arzt insoweit mehr Freiheit, die ihn treffenden Pflichten sind weniger schwer. Aus den vorstehenden Überlegungen folgt, daß der Arzt, wenn der Patient nicht zu ihm kommen kann, zu Hausbesuchen verpflichtet sein kann³. Notwendig ist ein Hausbesuch dann, wenn es sich offensichtlich um eine schwere Erkrankung handelt⁴ bzw. der Arzt den Zustand des Patienten fernmündlich oder durch Berichte Angehöriger nicht zuverlässig beurteilen kann⁵. Grundsätzlich ist jeder erstmalig und hinreichend glaubwürdig angeforderte Hausbesuch auszuführen. Seiner Besuchspflicht darf sich der behandelnde Arzt nur entziehen, wenn schwerwiegende Gründe (Behandlung anderer Patienten, sonstige Verhinderung) ihm den Besuch unmöglich machen und er für anderweitige Hilfe sorgt⁶.

Fraglich kann sein, ob über diese allgemeinen Grundsätze sachgemäßer Untersuchung des Patienten hinaus den Arzt gesteigerte Pflichten treffen, wenn er eine Neulandbehandlung vornehmen oder eine Außenseitermethode anwenden will. Das ist aber zu verneinen, denn die umfassende Untersuchung des Kranken bietet eine hinreichende Grundlage für jede rationale Therapie.

1) BGH NJW 1952, 1102, 1103

2) RG HRR 1938, 1082, 1083

3) Vgl. BGH NJW 1979, 1248, 1249 - für praktischen Arzt, BGHSt 7, 211, 212, 213 - für Bereitschaftsarzt, Dreher-Tröndle, StGB, Rdn 10 zu § 222, Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 225; Kleinknecht Med. Klin. 63(1968), 772, 773; Lackner, StGB, Anm. 3 a zu § 222

4) BGH NJW 1979, 1248, 1249

5) Vgl. BGHSt 7, 211, 213

6) Vgl. BGH NJW 1979, 1248, 1249

(b) Die Pflicht zur vollständigen, bestmöglichen und selbst vorzunehmenden Untersuchung des Patienten erfährt aber gewisse Einschränkungen.

Die wichtigsten Einschränkungen ergeben sich aus den Umständen des Einzelfalles. Die Pflicht zur umfassenden Untersuchung ist wie jede ärztliche Sorgfaltspflicht situationsbezogen¹. Sie wird relativiert durch Ort, Zeit und verfügbare Hilfsmittel. Die Sorgfaltspflicht ist im Notfall eine andere als bei einer aufschiebbaren Operation, sie ist in der Landarztpraxis anders als in der Spezialklinik². Soweit es angesichts der Umstände des Einzelfalles möglich ist, hat der Arzt jedoch seine eigenen pflichtgemäßen Untersuchungsmethoden anzuwenden bzw. den Kranken für spezielle Diagnoseverfahren an einen Facharzt oder eine Klinik zu überweisen. Seine Grenze findet das pflichtgemäße ärztliche Handeln dort, wo er eine übermäßige Diagnostik mit dem Ziel betreibt, sich gegen alle etwaigen Vorwürfe von Unterlassungen vollständig abzusichern. Die Untersuchung darf auch keine Gefahren auslösen, die im Verhältnis zu dem Nutzen, welchen das Diagnoseverfahren für die einzuschlagende Therapie hat, unangemessen groß sind.

Eine weitere Einschränkung der Untersuchungspflicht ergibt sich aus der Arbeitsteilung. So darf sich der Chirurg

1) Vgl. A I 2 b cc (2) = S. 20

2) Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1327; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 26f, 134f; Kröning, Die Bedeutung des Kunstfehlers, S. 22ff - insbes. S. 32; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 273f; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2282; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3336; Weimar, Arzt-Krankenhaus-Patient, S. 51

3) Gefahr einer übermäßigen Diagnostik muß auch aus ärztlicher Sicht vermieden werden, vgl. Wachsmuth, Arzt- und Arzneimittelrecht, 1977, 179, 181

auf den Internisten verlassen, wenn dieser ihm einen weitgehend untersuchten Patienten überweist¹. Bei eiligen Operationen darf sich der im Operationsraum befindliche Arzt, da er steril gekleidet ist, auf die Untersuchung und Diagnose des Aufnahmearztes verlassen. In vielen Fällen braucht der verantwortliche Arzt die Untersuchung nicht selbst durchzuführen, sondern kann sich auf eine persönliche Überwachung beschränken. Beispielsweise kann eine diagnostische oder therapeutische Maßnahme vom Oberarzt durchgeführt werden, während er die Untersuchung seinem Stationsarzt überläßt. Anders ist es in besonders schwierigen Fällen, bei besonderer Gefährlichkeit der zu ergreifenden Maßnahme, bei Zweifeln an den Fähigkeiten des Stationsarztes usw. Untergeordnete Untersuchungsmaßnahmen, wie etwa Blutdruckmessen, Abnahme und Untersuchung von Blut, darf der Arzt auch von nichtärztlichem Hilfspersonal durchführen lassen, für besonders einfache Maßnahmen, wie zum Beispiel Fiebermessen, können sogar Angehörige herangezogen werden. Die Verantwortlichkeit des Arztes beschränkt sich auch insoweit auf eine Auswahl- und Überwachungspflicht. Im Übrigen hat er die ermittelten Ergebnisse auszuwerten und bei der Wahl seiner Therapie zu berücksichtigen.

Schließlich kann und muß der Arzt auf bestimmte diagnostische Möglichkeiten verzichten, wenn der von ihm aufgeklärte Patient darauf besteht, denn für die ärztliche Untersuchung ist wie für jede Behandlungsmaßnahme des Arztes die Einwilligung des Kranken erforderlich². Der Arzt darf sich in solchen Fällen mit herkömmlichen und veralteten Untersuchungsmethoden begnügen. Diese können jedoch nur hinreichende Grundlage für eine ärztliche Therapie sein, wenn sie eine Wahrscheinlichkeitsprognose auf das Vorliegen einer bestimmten Krankheit zulassen. Das Risiko einer

1) Wachsmuth, Der Krankenhausarzt, 1975, 422, 424

2) Ausführlich s. unten D II 2 a = S. 206ff

verfehlten Therapie aufgrund einer falsch gestellten Diagnose darf dabei nicht zu unverhältnismäßigen Gefahren im Vergleich zur Situation beim Unterbleiben jeglicher Behandlung führen. Ermöglicht der Patient dem Arzt keine für die Behandlung hinreichende Untersuchung, so hat der Arzt die Behandlung abzulehnen.

Ein Beispiel, bei dem die Ablehnung von Untersuchungsmethoden durch den Patienten in Betracht kommt, bilden die Nierenerkrankungen. Hier treten neben die allgemeine Untersuchung des Funktionszustandes der Nieren durch Befragen des Patienten, Abtasten des Organs, Blutdruckmessung, Urinuntersuchung usw.¹ spezielle Untersuchungsmethoden. Als solche sind zu erwähnen² die röntgenologischen Untersuchungsmethoden, die Radioisotopenmethode und die Nierenbiopsie³. Die Nierenbiopsie ist angezeigt, wenn nach Ausschöpfung aller sonstigen Diagnosemöglichkeiten aus dem Ergebnis der Biopsie unterschiedliche therapeutische Konsequenzen erwartet werden können⁴. Die Biopsie ist aber sehr gefährlich⁵, insbesondere weil sie Nierenblutungen hervorrufen kann⁶, die zum Verlust des Organs⁷ oder sogar zum Tode führen können. Weigert sich der Patient, eine Nierenbiopsie durchführen zu lassen, so muß der Arzt auf

1) Ausführlich Müller/Seifert, Medizinisch-klinische Diagnostik, S. 245ff

2) Müller/Seifert aaO.

3) Zur Biopsie vgl. Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, S. 86 - Stichwort Biopsie: Untersuchung von Gewebe, das zuvor dem lebenden Organismus entnommen worden ist

4) Müller/Seifert aaO. S. 273

5) Müller/Seifert aaO. S. 273f

6) Müller/Seifert aaO. S. 274

7) Als Beispiel vgl. BGH NJW 1979, 1233, dort auch zur Aufklärungspflicht des Arztes bei der Nierenbiopsie

eine spezielle Therapie verzichten und muß sich mit einer allgemeinen Nierenbehandlung begnügen. - Ein weiteres Beispiel stellen die Diagnosemöglichkeiten bei der Epilepsie dar. Wichtigste Methode ist hier das EEG¹. Die Ursache der Epilepsie läßt sich u.U. mit Hilfe von Röntgenaufnahmen des Schädels bzw. Kontrastmitteldarstellungen der Hirnninnenräume (Ventrikulographie, Pneumencephalographie) feststellen. Besonders die Kontrastmitteldarstellungen der Hirnninnenräume sind ein erheblicher Eingriff in den Körper des Patienten. Stimmt der Kranke ihnen nicht zu, so muß eine Bekämpfung der für die Epilepsie möglicherweise ursächlichen Faktoren unterbleiben. Daraus folgt, daß der Wille des Patienten eine erhebliche Schranke für die Pflicht des Arztes zur umfassenden Untersuchung darstellen kann.

(4) Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß Voraussetzung für den Beurteilungsspielraum des Arztes bei der Methodenwahl eine umfassende (vollständige, bestmögliche und selbst vorzunehmende) Untersuchung des Patienten ist. Die Untersuchungspflicht wird aber relativiert durch die Umstände des Einzelfalles (Situationsgebundenheit), die Arbeitsteilung und den Willen des Patienten.

bb) Sachkunde des Arztes über angewandte Behandlungsmethode

Tatsächliche Grundlage des ärztlichen Beurteilungsspielraumes ist weiter eine ausreichende Sachkunde des Arztes. Auch insoweit ist der oben (S. 86f) gegebene Überblick ergänzungsbedürftig.

1) Huhnstock/Kutscha, Diagnose und Therapie, S. 701

2) Vgl. Huhnstock/Kutscha aaO. S. 701 mit Aufzählung weiterer Diagnosemöglichkeiten

(1) Vollständige Kenntnis der angewandten Behandlungsmethode und sonst in Betracht kommender Behandlungsmethoden durch den Arzt

(a) Die Kenntnis des Arztes über die verschiedenen therapeutischen Möglichkeiten ist für seinen Spielraum bei der Therapiewahl von maßgebender Bedeutung. Nur bei entsprechender Kenntnis ist dieser Spielraum des Arztes zu rechtfertigen, und nur die Kenntnis des Arztes ermöglicht das Einholen der wirksamen Einwilligung des Patienten in die gewählte Therapie durch eine umfassende Aufklärung.

Herzuleiten sind die Anforderungen an die ärztliche Sachkunde einerseits aus der beruflichen Verpflichtung, welche die Approbation als Arzt mit sich bringt¹. Zum anderen ergeben sich diese Anforderungen - vor allem unter dem Blickwinkel des Strafrechts - daraus, daß die sinnvolle Wahrnehmung der Garantenstellung des Arztes² entsprechende Fähigkeiten verlangt.

(b) Die Bedeutung der Sachkunde für die Therapiewahl des Arztes veranschaulichen bereits die oben (S. 36ff) mitgeteilten Fälle. Beispielhaft ist in diesem Zusammenhang die Verurteilung des Zahnarztes, der einer Patientin auf deren ausdrücklichen Wunsch alle Zähne gezogen hatte, obwohl er diesen Eingriff zur Beseitigung der Kopfschmerzen der Kranken nicht für geboten hielt⁴. Der Zahnarzt hielt

1) Vgl. oben D I 1 b aa = S. 57ff

2) Vgl. oben D I 1 b cc = S. 59f

3) Vgl. besonders RGSt 64, 263, 264 - oben B I 1 = S. 36f
RGSt 67, 12, 22, 23 - oben B I 2 = S. S. 37ff

BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB - oben B I 5 = S. 41

BGH NJW 1960, 2253 - oben B I 6 = S. 41f

BGH NJW 1978, 1206 - oben B I 8 = S. 43

4) BGH NJW 1978, 1206 - oben B I 8 = S. 43

allerdings psychosomatische Zusammenhänge für denkbar¹, vergewisserte sich einer solchen Möglichkeit aber nicht. Hätte der Zahnarzt in diesem Fall trotz genauer Lektüre des medizinischen Schrifttums (Vorhandensein von Parallelfällen?) und eingehender fachkundiger Analyse der Persönlichkeit seiner Patientin keine konkreten Anhaltspunkte für die Möglichkeit psychosomatischer Zusammenhänge gewinnen können, wäre sein Eingriff - entsprechend dem Urteil des Bundesgerichtshofes - sicher unzulässig gewesen. Der weitergehenden Prüfung der Tauglichkeit der Zahnextraktion hätte es bedurft, wenn er diese Möglichkeit bestätigt gefunden hätte². Die Zulässigkeit der gewählten Therapie hängt also zumindest auch von den Kenntnissen des Arztes ab. Deshalb stellt das Handeln des Arztes trotz fehlender Sachkunde in dem beschriebenen Fall eine Sorgfaltswidrigkeit, einen Kunstfehler³, dar. Seine Kausalität für eine strafwürdige Körperverletzung ergibt sich aus einer Prüfung des einschlägigen Schrifttums zur Möglichkeit psychosomatischer Zusammenhänge sowie einer fachkundigen Analyse der Persönlichkeitsstruktur der Patientin.

In einer weiteren höchstrichterlichen Entscheidung⁴ sah ein Homöopath⁵ eine Krebsgeschwulst in der Brust als harmlose Anschwellung an und riet fortgesetzt von einer Operation ab. Er verordnete Salbe, kalte Packungen und

1) Diesen Gesichtspunkt betont Horn in seiner Urteilsanmerkung Jus 1979, 29, 31

2) Vgl. auch Horn aaO.

3) Vgl. oben A I 2 b cc (2) = S. 20

4) RG, Urt. vom 10. November 1914 - mitgeteilt bei Ebermayer, Arzt u. Patient in der Rspr., S. 114

5) Urteil erging noch unter der Geltung der Kurierfreiheit, dazu s.o. B II 2 = S. 44ff

Medizin¹. Hier dürfte die entscheidende Sorgfaltswidrigkeit des Homöopathen schon in der Behandlungsübernahme ungeachtet seiner fehlenden Sachkunde und nicht erst in der Wahl seiner Mittel liegen².

(c) Diese Beispiele machen deutlich, daß es einer Konkretisierung der grundsätzlich an die Sachkunde des Arztes zu stellenden Anforderungen und der ihm insoweit obliegenden (Fortbildungs-) Pflichten bedarf. Zu erörtern bleibt außerdem noch, ob der Arzt bei Praktizierung von Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen zusätzliche Anforderungen zu erfüllen hat.

(aa) Schon die vom Arzt grundsätzlich zu verlangenden Kenntnisse sind vielfältig. Sie sind regelmäßig an der Sorgfaltspflicht eines durchschnittlichen gewissenhaften Arztes zu messen³. Die Anforderungen an Fachärzte⁴, Spezialisten oder Ärzte in besonders verantwortungsvollen Positionen sind entsprechend höher⁵. Um diesen Anforderungen zu genügen, trifft den Arzt eine Fortbildungspflicht⁶. Diese hat eine gesetzliche Grundlage in

1) Vgl. bei Ebermayer aaO.

2) Als weitere Urteile vgl. RGSt 50, 37 - Gesundbeten, zur völligen Kenntnislosigkeit des Angeklagten vgl. S.39, RG HRR 1938, 1082

3) Vgl. Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3336

4) Dazu Uhlenbruck DMW 1968, 2136

5) Vgl. Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 266f

6) Berg, Rechtsmedizin, S. 50; Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223 unter BII 1, S. 224 unter B II 4 b; Kohlhaas MMW 1964, 2281, 2283, ders. DMW 1962, 1157, 1161; Köster, Haftung des Arztes, S. 95; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 266; Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler, S. 76; Rieger DMW 1976, 1781, 1782, ders. DMW 1979, 1256, 1258; Trube-Becker, Med. Klin. 62 (1967), 156; Uhlenbruck Med. Klin. 69 (1974), 445, 446; ders. DMW 1968, 2136, 2137

§§ 24 Nr. 1, 35 III, 2 Heilberufsgesetz NW, niedergelegt ist sie auch in § 7 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärzte¹. In welcher Form er seiner Fortbildungspflicht genügen will, steht dem Arzt frei². Bei der Fortbildung darf er sich Neuerungen aber in keinem Fall verschließen³. Welches Maß an Wissen über den Stand der medizinischen Wissenschaft und ihre neuen Errungenschaften der Arzt insgesamt haben bzw. durch Fortbildung erwerben muß, und welche Anforderungen das Recht insoweit billigerweise an ihn stellen darf, wird darzulegen sein. Eindeutig unzulässig ist es allerdings, wenn der Arzt sich auf seine Intuition verläßt⁴.

(aaa) Der Arzt hat zunächst über die von ihm eingeschlagene Methode vollständig informiert zu sein. Diese Pflicht darf jedoch nicht überspannt werden.

☞) Die Lektüre bestimmter Fachzeitschriften, Veröffentlichungen sonstiger Art oder - in der Arzneimitteltherapie - der Berichte der Arzneimittelkommission⁵ kann vom Arzt nicht verlangt werden, weil ihm die Auswahl seiner Informationsquelle freistehen muß, die Vorkenntnisse jedes Arztes unterschiedlich sind und der Arzt sich seinem konkreten Aufgabenbereich entsprechend informieren muß. Für die vom Arzt zu fordernden Kenntnisse über den eingeschlagenen Behandlungsweg lassen sich daher nur relative

1) Vgl. Rieger DMW 1977, 626; die gesamte Musterberufsordnung ist abgedruckt in Dt. Ärztebl. 73 (1976), 1543-1548

2) Vgl. auch Köster, Haftung des Arztes, S. 96ff

3) Vgl. Kohlhaas DMW 1962, 1157, 1161; Laufs, Arztrecht, Rdn 155; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 266

4) Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 184 2. Absatz

5) Dazu: Aschenbrenner Dt. Ärztebl. 1975, 671, 673; Kimbel, Med. Klin. 70 (1975), 1790; Köster, Haftung des Arztes, S. 67-69; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 20f

Grundsätze aufstellen. So steigen die Anforderungen an den Arzt, je spezieller und gefährlicher eine Methode ist. Bei neu entwickelten Verfahren - die aber keine Neulandbehandlungen mehr sind - treffen den Arzt ebenfalls erhöhte Pflichten¹. Eine äußerste Grenze ärztlicher Informationspflicht über die gewählte Methode ist in jedem Fall verletzt, wenn sich dem Arzt weitergehende Informationen angesichts der Vielzahl der Berichte und/oder ihrer Hervorhebung in den wichtigsten Fachzeitschriften aufdrängen mußten und der Arzt die Möglichkeit der Information nicht genutzt hat².

ß) Setzt der Arzt technische Geräte ein, so braucht er zwar die ihrer Funktion zugrundeliegenden physikalischen Vorgänge nicht zu kennen³, er muß aber sorgfältig die dem Gerät mitgegebenen Bedienungsvorschriften lesen⁴. Diese muß er zudem auf offensichtliche Fehler überprüfen; ferner hat er Hinweise auf Gefahrenquellen aus Kollegenkreisen und in den Fachzeitschriften zu beachten⁵.

1) Vgl. BGH VersR 1968, 701, 702 - Estil-Fall

2) Bsp.: BGH NJW 1978, 587, 588

3) BGH VersR 1955, 573, 575

4) BGH aaO.; Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224 unter B II 2 b

5) Vgl. BGH u. Gaisbauer aaO.

g) Lebhaft diskutiert wird die erforderliche Sachkunde namentlich bei Arzneimitteln¹. Sie betrifft allerdings nicht deren Qualität (§ 4 XV AMG), insoweit liegt die Verantwortung allein beim Hersteller².

Zur erforderlichen Sachkunde gehört die Kenntnis von der Wirksamkeit des Arzneimittels sowie davon, ob schädliche Nebenwirkungen (§ 4 XIII AMG) zu befürchten sind. Das bedingt jedoch keine eigene Untersuchung des Arzneimittels. Sie wäre regelmäßig unzumutbar und ist dem Arzt zudem in weiten Bereichen auch durch die Zulassungspflicht (§§ 21ff AMG) für Fertigarzneimittel (§ 4 I AMG) vom Gesetzgeber abgenommen worden³. Der Arzt hat sich aber über die - auch zur Information des Patienten bestimmte⁴ - Packungsbeilage⁵ hinaus vollständige Kenntnisse über die Wirkungen und Nebenwirkungen des jeweiligen Arzneimittels

1) Vgl.: Barnikel DMW 1977, 139; Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224; Koeppe, Med. Klin. 62 (1967), 1461, 1462, 1463; Kohlhaas MMW 64, 2281, 2283, 2284; Köster, Haftung des Arztes, S. 67ff, 103ff, 122f, 169f; Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615; Molfenter, Versicherungspraxis, 1971, 85, 88; Rieger DMW 1976, 1781, 1782; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125; Trube-Becker, Med. Klin. 62 (1967), 156, 157; Uhlenbruck Med. Klin. 69 (1974), 445; ders. DMW 1968, 2136 r. Sp. unten

2) Im einzelnen vgl. § 19 AMG; s. auch Köster, Haftung des Arztes, S. 169f; Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615; Molfenter, Versicherungspraxis, 1971, 85, 88

3) Übereinstimmend: Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615; z.T. abweichend: Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125

4) Vgl. Molfenter, Versicherungspraxis, 1971, 85, 88

5) Zur Kennzeichnung der Fertigarzneimittel u. zum Inhalt der Packungsbeilage vgl. §§ 10, 11 AMG

zu verschaffen¹. Er hat dazu namentlich Ärztinformationen und Ärztebriefe des Herstellers² zu lesen. Hinsichtlich der Herstellerangaben obliegt dem Arzt eine Prüfungspflicht, die sich insbesondere auf Verständlichkeit, Widersprüchlichkeit (z.B. von Indikation und Gegenindikation), offensichtliche Unvollständigkeit und Oberflächlichkeit (z.B. kein Hinweis auf Gegenindikation bei hochwirksamem Mittel für schwere Krankheiten) zu erstrecken hat³. Kenntnisse über die chemische Zusammensetzung des Mittels können vom Arzt grundsätzlich nicht verlangt werden⁴. Eine Ausnahme davon ist auch dann nicht zu machen, wenn Arzneimittel wegen der in ihnen enthaltenen Wirkstoffe oder ihrer in der medizinischen Wissenschaft nicht allgemein bekannten Wirkungen einer Verschreibungspflicht unterliegen (§§ 48, 49 AMG), hier muß sich die Sachkunde des Arztes allein auf die pharmakologischen Wirkungen dieser Bestandteile beziehen.

Darüber hinaus muß der Arzt Sachkunde über die richtige Dosierung und Anwendung des Mittels haben⁵, falsche Herstellerangaben befreien ihn nur bei mangelnder

1) Vgl. Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224 unter B II 2 c cc, allein auf Information anhand der Packungsbeilage stellt ab: Rieger DMW 1976, 1781, 1782

2) Im einzelnen: Molfenter, Versicherungspraxis, 1971, 85, 88

3) Z.T. abw.: Überprüfung auf Übereinstimmung mit anerkannten Regeln der ärztl. Wissenschaft: Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224 unter B II 2 c cc, Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125; Barnikel DMW 1977, 139 verlangt gewissenhafte Prüfung; ähnlich: keine kritiklose Übernahme von Herstellerangaben: Uhlenbruck DMW 1968, 2136 r. Sp. 2. Abs.

4) Abweichend: Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125; Trube-Becker Med. Klin. 62 (1967), 156, 157; Uhlenbruck Med. Klin. 69 (1974), 445, 447 1. Sp. 2. Abs.

5) Vgl. Koeppe Med. Klin. 62 (1967), 1467; Köster, Haftung des Arztes, S. 169; Uhlenbruck Med. Klin. 69 (1974), 445, 447

Erkennbarkeit von strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Das ist beispielsweise nicht der Fall, wenn auf dem Beipackzettel eines Narkosemittels die Gefahr einer versehentlichen intraarteriellen Injektion unangemessen verharmlost wird¹.

(bbb) Neben dem erforderlichen Wissen über die eingeschlagene Methode sind vom Arzt Kenntnisse über grundlegende Neuerungen in der Medizin, über die Durchsetzung neuer Verfahren im eigenen Fachgebiet (etwa: innere Medizin, Chirurgie o.ä.) sowie über das Vorhandensein anderer Therapiemöglichkeiten zu verlangen². Nur so ist eine Zusammenarbeit der Ärzte und rechtzeitiges Überweisen des Patienten möglich. Spezialkenntnisse sind insoweit nicht erforderlich³.

(ccc) Schließlich muß der Arzt stets Kenntnisse über elementare lebensrettende Maßnahmen haben. So muß er etwa wissen, wie Notfallpatienten zu lagern⁴ und zu beatmen⁵ sind. Bei der Beatmung verlangt dies vom Arzt Sachkunde darüber, daß und wie die Atemwege des Patienten freizumachen sind, die u.U. durch Erbrochenes, Fremdkörper (Gebißprothese) und Rückfallen des Zungengrundes

1) BGH NJW 1981, 628, 629

2) Berg, Rechtsmedizin, S. 52; Gaisbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224 unter B II 4 b; Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S.266: Arzt hat sich mit allen wichtigen Heilverfahren vertraut zu machen; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125, verlangt laufendes Verfolgen der Literatur - allerdings keine Unterrichtung über alle Arzneimittel; Rieger DMW 1976, 1781, 1782 verlangt allgemein Information über neue Heilmittel

3) Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 267; Uhlenbruck DMW 1968, 2136, 2137

4) Ahnefeld u.a., Notfallmedizin, S. 8ff; Schuster, Notfallmedizin, S. 12ff

5) Ahnefeld u.a. aaO. S. 11ff; Schuster aaO. S. 25ff

geschlossen werden können¹, erforderlich ist weiter Sachkunde über die Durchführung der Atemspende durch Mund-zu-Nase-Beatmung² bzw. durch Mund-zu-Mund-Beatmung³. Bei einem Kreislaufstillstand hat der Arzt über Kenntnisse der Lagerung, Beatmung und gegebenenfalls der Herzmassage beim Kranken zu verfügen⁴.

(ddd) Insgesamt ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, daß die Sachkunde des Arztes den von ihm übernommenen ärztlichen Aufgaben, der von ihm angewandten Methode, entsprechen muß. Sie muß ihnen proportional sein.

Somit sind bereits die grundsätzlichen an den Arzt zu stellenden Anforderungen im Hinblick auf seine Kenntnisse und damit auch auf seine Fortbildungspflichten streng.

(bb) Fraglich ist, ob noch strengere Anforderungen zu stellen sind, wenn der Arzt von den anerkannten Verfahren der Schulmedizin abweicht und Außenseitermethoden oder Neulandbehandlungen praktiziert. Zum Schutze des Patienten könnte hier von dem Prinzip der Gleichwertigkeit aller medizinischen Methoden⁵ abzugehen sein.

Dafür spricht zunächst eine Abwägung der Rechtsgüter und Interessen von Arzt und Patient. Der Patient darf vom Arzt an sich nicht mehr verlangen als die Kenntnis der

1) Vgl. Ahnefeld u.a. aaO. S. 11f

2) Ahnefeld u.a. aaO. S. 12f

3) Ahnefeld u.a. aaO. S. 13f

4) Ahnefeld u.a. aaO. S. 14ff; Schuster aaO. S. 78ff

5) Vgl. RGSt 67, 12, 22 - oben B I 2 = S.37ff, B II 1 = S. 44 ; v. Brandis/Pribilla, Arzt- u. Kunstfehlervorwurf, S. 12; Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler, S. 74f; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 129f

anerkannten Verfahren. Der Arzt selbst darf nicht überfordert werden, sein Strafbarkeitsrisiko darf nicht unzumutbar erhöht werden. Eine Erhöhung des Strafbarkeitsrisikos ist für den Arzt nur dann zumutbar, wenn er den Bereich der anerkannten Methoden verläßt und die dabei auftretenden Risiken für den Patienten sich wesentlich weniger überschauen lassen.

Die Berechtigung einer solchen Differenzierung zwischen Schulmedizin einerseits und Außenseitermethoden sowie Neulandbehandlungen andererseits ergibt sich aus der oben¹ erarbeiteten Definition der Schulmedizin: Die Schulmedizin hat aufgrund ihrer Bewährung bzw. ihres Bestehens in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese kann und darf der Strafrichter nicht in Frage stellen. Ihm stehen nämlich nicht die erforderlichen Erkenntnismittel zur Verfügung, um ein Verfahren der Schulmedizin als sachgemäße Behandlung zu widerlegen. Er ist, um eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können, auf die Hilfe von Sachverständigen angewiesen. Diese werden aber regelmäßig selbst einen bestimmten Standpunkt in der wissenschaftlichen Diskussion einnehmen, und zwar in der Regel den Standpunkt der Schulmedizin. In der Hauptverhandlung vor dem Strafgericht dürften daher zumeist nur die bekannten Argumente wiederholt werden. Es liegt jedenfalls außerhalb aller Lebenserfahrung, daß in das strafgerichtliche Verfahren die Meinung der Schulmedizin nicht eingeführt wird. Praktisch ausgeschlossen ist es danach, daß sich ein Verfahren der Schulmedizin im Strafprozeß als falsch herausstellen kann oder jedenfalls insoweit neue Erkenntnisse gewonnen werden, denn das schulgemäße Verfahren hat ja bislang schon in der

1) Vgl. D I 2 a aa (1) (a) = S. 68ff

wissenschaftlichen Auseinandersetzung bestanden und sich bewährt. Angesichts dessen muß im Strafprozeß unwiderleglich vermutet werden, daß die Anwendung von Schulmedizin den Sorgfaltsmaßstäben des Rechts genügt. Dies liegt auch im Interesse der Rechtssicherheit, denn der Arzt erhält auf diese Weise einen Orientierungsrahmen, an dem er die Wahl seiner Behandlungsmethode ausrichten kann.

Bei Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen kann demgegenüber im Strafverfahren nicht unwiderleglich vermutet werden, daß ihre Anwendung sorgfaltsgemäß ist. Bei den Neulandbehandlungen fehlt es schon an einer hinreichenden praktischen Erprobung. Sowohl bei den Neulandbehandlungen als auch bei den Außenseitermethoden fehlt es außerdem an einer hinreichenden Anerkennung in der medizinischen Wissenschaft: ihre Bewährung und ihr Bestehen in der wissenschaftlichen Diskussion aufgrund von praktischen Erfolgen oder wissenschaftlicher Beweisführung stehen noch aus.

(aaa) Das Einschlagen eines besonderen therapeutischen Weges, der von der Schulmedizin abweicht (Außenseitermethode), setzt zunächst voraus, daß der Arzt etwas von der medizinischen Problematik versteht, er also den üblichen Weg gekannt und bewußt nicht begangen hat¹. Dies bedeutet, daß der Außenseiter sowohl eine genaue Kenntnis seiner eigenen Methode als auch der Verfahren der Schulmedizin haben muß². Den Schulmediziner, dessen Methodenwahl "privilegiert" ist³, treffen demgegenüber keine so weitreichenden Pflichten: Dieser muß zwar vom Vorhandensein anderer Therapiemöglichkeiten wissen⁴, soweit es sich um medizinische

1) Vgl. Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 69

2) Ebenso: RG HRR 1938, 1082

3) S. vorstehend unter (bb) vor (aaa) = S. 117ff

4) Vgl. D II 1 c bb (1) (c) (aa) (bbb) = S. 116

Außenseitermethoden oder Neulandbehandlungen handelt, braucht er dagegen ihre Wirkungen sowie ihre Vor- und Nachteile nicht zu kennen, er braucht auch nicht die Besonderheiten der von der Schulmedizin abweichenden Behandlungsverfahren im konkreten Fall zu kennen. Die für eine Therapie erforderlichen speziellen Kenntnisse dürfen sich also beim Schulmediziner auf die Schulmedizin beschränken.

Die schärferen Anforderungen an die Sachkunde des medizinischen Außenseiters und ihr Verhältnis zur ärztlichen Aufklärungspflicht lassen sich an einem Patienten des Krebsarztes Dr. Issels deutlich machen¹. Dieser Patient hatte bei Aufnahme der internen Tumorthherapie ein Stimmbandkarzinom, das sich noch auf den operativ besonders günstig anzugehenden inneren Kehlkopfkörper beschränkte. Erst im Verlaufe der Behandlung durch Issels trat erstmals eine tumorödematöse Schwellung auf, die einen Einbruch in den äußeren Kehlkopfkörper anzeigte. Damit sanken die Aussichten auf eine erfolgreiche Operation erheblich².

In einem solchen Fall³ muß die Sachkunde des Arztes über die Schulmedizin sogar so weit gehen, daß er nicht nur die Methode, das Vorgehen der Schulmedizin kennt, er muß vielmehr auch genau wissen, wie die Schulmedizin den Kranken im konkreten Einzelfall behandeln würde. Der Patient, der sich der Behandlung eines medizinischen Außenseiters anvertraut, muß alle Umstände seines Falles

1) BGH NJW 1962, 1780 - kurze Zusammenfassung oben B I 7 = S. 42f

2) BGH NJW 1962, 1780, 1782 1. Sp. 3. Abs.

3) Eine eigene konkrete Bewertung speziell des Issels-Falles ist hier allerdings nicht möglich, da entsprechende Unterlagen fehlen

kennen. Er muß deshalb wissen und vom Arzt darüber belehrt werden und belehrt werden können, ob sein Krebs noch gut operabel oder eine operative Behandlung bereits hoffnungslos ist. Sonst kann der Patient sein Selbstbestimmungsrecht in der Therapiewahl¹ nicht sinnvoll wahrnehmen.

Weitgehende Therapiefreiheit, Sachkunde des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten hängen also eng zusammen. Die ärztliche Sachkunde und die dadurch ermöglichte Aufklärung schaffen die Grundlage dafür, daß der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes die ärztliche Therapiewahl legitimieren kann.

(bbb) Für Neulandbehandlungen wird teilweise gefordert, daß die Ärzte ihren Patienten einen umso größeren Wissensstand und eine umso größere Sachkunde schuldeten, je mehr sie sich von der herkömmlichen medizinischen Schulwissenschaft entfernten und neue Behandlungsmethoden anwendeten².

Konkreter läßt sich das Problem bei Neulandbehandlungen mit Arzneimitteln erörtern. Nach § 41 i.V.m. § 40 I Nr. 7 AMG³ muß der verantwortliche Arzt⁴ sich durch einen für die pharmakologisch-toxikologische Prüfung⁵ verantwortlichen

1) Dazu oben D I 2 a bb (1) (a) = S. 76f

2) Giesen, Haftung des Arztes, S. 21 - vgl. auch schon oben D II 1 c bb (1) (c) (aa) (aaa) = S. 112f

3) Diese Vorschrift ist gemäß § 97 II Nr. 3 AMG auch bußgeldbewehrt

4) Aus § 41 i.V.m. § 40 I Nr. 4 AMG ergibt sich, daß der Leiter der klinischen Prüfung Arzt sein muß .

5) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 445: Pharmakologie: Arzneimittellehre, Lehre von Art und Aufbau der Heilmittel, ihren Wirkungen und Anwendungsgebieten, S.581 - Toxikologie: Lehre von den Giften und den Vergiftungen des Organismus

Wissenschaftler über die Ergebnisse der pharmakologisch-toxikologischen Prüfung und die voraussichtlich mit der klinischen Prüfung verbundenen Risiken informieren lassen. Das bedeutet, daß vom Arzt eine möglichst genaue Kenntnis der Zusammensetzung, Wirkungen und Gefahren des neuen Arzneimittels verlangt wird¹. Weitergehende Forderungen, wonach der Arzt nur die Mittel anwenden darf, deren Wirkung er mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit übersieht², sind unvertretbar streng und mit dem neuen Arzneimittelgesetz nicht vereinbar.

Insgesamt läßt sich aus den vorstehenden Ausführungen folgendes ableiten: Der Arzt, der Neulandverfahren praktiziert, muß zunächst eine eingehende Kenntnis der Schulmedizin haben³. Er muß weiter um die etwaigen Gefahren der neuen Therapie wissen. Darüber hinaus muß er die Grundlagen des neuen Verfahrens kennen, verstehen, zu ihrer kritischen Prüfung fähig sein und diese auch tatsächlich durchführen.

Seine Sachkunde muß den Arzt zur Praktizierung der Neulandbehandlung legitimieren. Seine Kenntnisse müssen ihn zudem in die Lage versetzen, den Patienten so aufzuklären, daß dieser sein Selbstbestimmungsrecht sinnvoll wahrnehmen kann⁴.

1) Anders noch oben D II 1 c bb (1) (c) (aa) (aaa) = S. 114ff zur Schulmedizin; vgl. auch Kleinsorge, Med. Klin. 71 (1976), 1093, 1095; Koeppe Med. Klin. 62 (1967), 1461, 1462; ohne Beschränkung auf Neulandverfahren: Oelkers Med. Klin. 66 (1971), 1173, 1176 1. Sp. 2. Abs.; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 125; Trube-Becker Med. Klin. 62 (1967), 156, 157

2) Vgl. Trube-Becker aaO.

3) Ausführlich oben D II 1 c bb (1) (c) (aa) (aaa) = S.112ff

4) Ausführlich oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) (aaa) = S.119ff

(d) Wie jede Sorgfaltspflicht erfährt aber auch die Pflicht des Arztes zu genauer Sachkunde Einschränkungen.

(aa) Sie ist von den konkreten Verhältnissen abhängig und damit eine relative Pflicht¹.

(aaa) So ist die für die Kenntnisse des Arztes maßgebliche Fortbildungspflicht abhängig von dessen Stellung und Spezialisierung: Chefarzt, Facharzt, praktischer Arzt, Landarzt usw.² Bei der Fortbildungspflicht ist auch die Arbeitsbelastung und -überlastung zahlreicher Ärzte³ sowie die Überfülle an Literatur⁴ zu berücksichtigen.

(bbb) Die Pflicht des Arztes zu Information und ausreichender Sachkunde kann auch durch die Umstände (Ort, Zeit, Hilfsmittel) der konkret erforderlichen ärztlichen Maßnahme eingeschränkt sein. Hier soll das Prinzip gelten: Je dringender ein Eingriff nötig ist, desto weniger an spezieller Information und Sachkunde des Arztes kann verlangt werden⁶. Dieser Auffassung kann mit der Maßgabe beigepflichtet werden, daß dadurch nicht die Verantwortlichkeit des Arztes wegen pflichtwidrig fehlernder Kenntnisse bzw. wegen Versäumnissen bei der Fortbildung berührt wird.

1) Vgl. auch schon oben D II 1 c aa (3) (b) = S. 105ff

2) Vgl. schon oben D II 1 c bb (1) (c) (aa) vor (aaa) = S. 111f; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 266

3) Uhlenbruck DMW 1968, 2136 1. Sp. 1. Abs.; ders., Der Krankenhausarzt, 1975, 436, 440

4) Uhlenbruck DMW 1968, 2136 1. Sp. 1. Abs.

5) Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S.1327; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2282; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3336; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 233

6) Kohlhaas MMW 64, 2281, 2285 1. Sp. 1. Abs.; ders., Medizin u. Recht, S. 71

Vielmehr sind hier allein die Fälle angesprochen, bei denen der Arzt in einer Notsituation über sein Fachgebiet hinausgehen bzw. neue Behandlungswege beschreiten muß, ohne sich vorher das erforderliche Wissen verschaffen zu können. Ebenso liegt der Fall, daß der Arzt spezielle Maßnahmen unvorbereitet vornehmen muß, bei denen die jederzeitige Verfügbarkeit der erforderlichen Kenntnisse von ihm nicht erwartet werden kann.

(bb) Die Pflicht des Arztes zu ausreichender Sachkunde könnte ferner einzuschränken sein, wenn der Patient auf diese verzichtet. Fraglich ist jedoch, ob das Selbstbestimmungsrecht des Patienten derart weit reicht. Aufgrund der Behandlungsübernahme trifft den Arzt die Pflicht, bestmöglich für den Kranken zu sorgen. Dies schließt ein, daß der Arzt angemessene Kenntnisse über die Behandlung der jeweiligen Krankheit haben muß. Fehlt es ihm daran, so ist eine Heilung des Patienten zweifelhaft, der Patient ist vielmehr infolge falscher Therapie erheblichen Gefahren ausgesetzt. Ärztliche Therapie ohne die erforderliche Sachkunde steht angesichts dessen so eindeutig im Gegensatz zum Behandlungsziel, daß sie als sittenwidrig und als Verstoß gegen § 226 a StGB beurteilt werden muß. Daran kann auch die Einwilligung des Patienten nichts ändern.

(e) Festzuhalten ist, daß der Arzt vollständige Sachkunde über die von ihm gewählte Therapie sowie Kenntnisse über grundlegende Neuerungen in der Medizin, Durchsetzung neuer Verfahren im eigenen Fachgebiet und elementare lebensrettende Maßnahmen haben muß. Als medizinischer Außenseiter und bei Neulandbehandlungen muß er weiter Kenntnisse über die Schulmedizin sowie über die wissenschaftlichen Grundlagen des eigenen Verfahrens haben. Eingeschränkt werden diese Pflichten durch die Umstände des Einzelfalles.

Erfüllt der Arzt die vorgenannten Voraussetzungen, so ist in dieser Hinsicht eine Grundlage für die Wahrnehmung seines Beurteilungsspielraumes bei der Methodenwahl geschaffen.

- (2) Kein pflichtwidriges Unterlassen einer Überweisung,
kein pflichtwidriges Unterlassen der Heranziehung
eines Konsiliarius

Im engen Zusammenhang mit der ausreichenden Sachkunde des Arztes stehen seine Pflichten, den Kranken zu überweisen oder einen Konsiliarius heranzuziehen. Auch insoweit verlangt der Beurteilungsspielraum des Arztes die Erfüllung von Sorgfaltspflichten.

(a) (aa) Zunächst darf der Arzt nicht die Behandlung einer Krankheit übernehmen, der er mit seinen Fähigkeiten¹ nicht gewachsen ist; anderenfalls liegt ein Übernahmeverschulden vor². Vorgeworfen wird dem Arzt dabei nicht die fehlende Sachkunde, sondern die dennoch durchgeführte Behandlung³. Ein Beispiel ist der oben mitgeteilte Fall⁴, in dem ein Arzt ohne die erforderliche Sachkunde die Behandlung

1) Dazu voriger Abschnitt

2) Vgl. BGH MDR 1956, 144; RGSt 59, 355, 356; Berg, Rechtsmedizin, S. 5; Dreher-Tröndle, StGB, Rdn 10 zu § 222; Gaissbauer, Versicherungspraxis, 1976, 223, 224 unter B II 4 b; Giesen, Haftung des Arztes, S. 13f; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 132; Köster, Haftung des Arztes, S. 96; Kröning, Bedeutung des Kunstfehlers, S. 25f; Lackner, StGB, Anm. 3 a zu § 222; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 267, 272, 288; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 233; Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15; Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2203; ders. DMW 1968, 2136

3) Köster, Haftung des Arztes, S. 96

4) BGH NJW 1960, 2253 - oben B I 6 = S.41f

eines Gebärmutterhalskrebses übernommen hatte. Auch von einem Urologen müssen, soweit er Narkosen vornimmt oder unter seiner Verantwortung vornehmen läßt, die dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Kenntnisse gefordert werden, welche die dem Patienten geschuldete Sicherheit dabei bestmöglich gewährleisten. Keinesfalls darf sich der Urologe auf die einschlägigen Erfahrungen einer Krankenschwester verlassen¹. Regelmäßig wird ein Übernahmeverschulden des Arztes zu bejahen sein, wenn dieser spezielle ärztliche Maßnahmen durchführt, für die er keine angemessene Fachausbildung hat². Hier kann vom Facharzt eine bessere Betreuung erwartet werden³. Der Facharzt seinerseits ist grundsätzlich verpflichtet, sich auf sein Fachgebiet zu beschränken⁴.

Ein Übernahmeverschulden kann ferner darin begründet sein, daß die erforderlichen personellen, therapeutischen und apparativen Voraussetzungen für die Krankenbehandlung fehlen⁵. So werden in der Regel Operationen im Krankenhaus vorzunehmen sein⁶. Ein Krankenhaus als solches ist aber nicht schon für jede Operation die sachgemäße Stelle. Es kommt vielmehr auf die Art der Operation an, in welchem Krankenhaus diese durchzuführen ist. So kommen z.B. für einen Herzklappenersatz nur bestimmte Krankenhäuser in

1) BGH NJW 1981, 628, 629

2) Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 233, Bspe. und Aufzählung der verschiedenen Teilgebiete der Medizin bei Sewering Dt. Ärztebl. 1976, 1549 insbes. S. 1562ff: Vorschlag einer Weiterbildungsordnung nach den Beschlüssen des 79. Deutschen Ärztetages

3) Vgl. Uhlenbruck DMW 1968, 2136

4) Unter anderem Gesichtspunkt ebenso: Sewering Dt. Ärztebl. 1974, 590, 593

5) Vgl. Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2203

6) Vgl. Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 274

Betracht. Problematisch ist unter diesem Gesichtspunkt die Vornahme eines schweren und gefährlichen Eingriffes wie einer Lungenresektion in einem kleinen Krankenhaus, selbst wenn der Arzt thoraxchirurgisch ausgebildet ist¹. Hier ist ein ärztlicher Kunstfehler zu bejahen, wenn der Patient gesundheitlichen Schaden erleidet oder sogar stirbt, weil in der Klinik die für die Behandlung erforderlichen Einrichtungen nicht vorhanden sind. Anders ist es nur, wenn für die Operation keine Ausweichmöglichkeiten bestehen oder die Pflicht des Arztes zur Überweisung aus sonstigen Gründen eingeschränkt ist². Bei Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten ist auch die Behandlung eines Tetanus durch eine Klinik ohne die Möglichkeit einer Intensivpflege verfehlt, denn nur durch Beatmung und medikamentös bewirkte Relaxierung³ kann die lebensgefährliche Infektion überwunden werden⁴.

Grundsätzlich hat der Arzt für die Behandlung seiner Patienten die bestmöglichen Voraussetzungen zu schaffen⁵. Er hat namentlich bei lebensgefährlichen Krankheiten seine Fähigkeiten sowie die sachlichen und personellen Möglichkeiten für die gebotene Behandlung kritisch zu prüfen⁶. Allgemein kommt ein Übernahmeverschulden umso eher in Betracht, je komplizierter und gefährlicher eine Krankheit ist, weil hier der Patient in erhöhtem Maße auf

1) Vgl. Zenker MMW 67, 2334

2) Ausführlich dazu nachstehend unter (b) = S. 131f

3) Erschlaffung, d.h. vollständige Lösung der Verkrampfung - vgl. Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 502, Stichworte: Relaxans, Relaxation

4) Vgl. Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 20

5) Vgl. Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2203

6) RGSt 67, 12, 23 - oben B I 2 = S. 37ff für die Überprüfung seiner Fähigkeiten durch den Arzt

ärztliche Hilfe angewiesen ist. Andererseits entfällt ein Übernahmeverschulden noch nicht deshalb, weil eine Krankheit nicht lebensbedrohend ist und auch keine schwerwiegenden Folgewirkungen zu befürchten sind, denn die ärztliche Behandlung ist stets am Wohl des Patienten auszurichten, den Arzt trifft dementsprechend die Pflicht, alle vermeidbaren Schmerzen und Behinderungen sowie jede Verzögerung der Heilung vom Kranken abzuwenden.

Besonderen Anlaß zur Prüfung seiner Fähigkeiten und Behandlungsmöglichkeiten hat der Arzt bei entsprechenden Fragen des Patienten¹, etwa wenn dieser nach der Notwendigkeit fragt, einen Facharzt hinzuzuziehen². Erklärt der Arzt hier eine Überweisung für nicht erforderlich, so erweckt er in dem Patienten das Vertrauen, er sei auch der Behandlung der konkreten Erkrankung gewachsen. Aus eigenem Antrieb wird der Kranke dann regelmäßig keinen Facharzt mehr aufsuchen. Mißlingt die Behandlung infolge Unkenntnis oder Fehlen der sachlichen bzw. personellen Behandlungsvoraussetzungen, so wiegt der gegen den Arzt zu erhebende Vorwurf fahrlässiger³ Schuld in aller Regel sehr schwer⁴.

Ein Übernahmeverschulden kann allerdings nicht allein damit begründet werden, daß ein Arzt medizinischer Außenseiter ist⁵, denn auf diese Weise würde der Spielraum des Arztes bei der Wahl seiner Behandlungsmethode⁶ entwertet.

1) RGSt 67, 12, 23 - oben B I 2 = S. 37ff

Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 180 für die Fähigkeiten des Arztes

2) RG, Eb. Schmidt aaO.

3) Vorsatz ist zwar nicht ausgeschlossen, aber doch extremer Ausnahmefall

4) Eb. Schmidt aaO.

5) RGSt 67, 12, 23, 24

6) Vgl. oben D I 2 a = S. 66ff - insbes. dd = S. 84f

Darf der Arzt nach den dargelegten Grundsätzen die Behandlung der konkreten Erkrankung nicht übernehmen, so kann er dennoch das für die medizinische Betreuung des Patienten Erforderliche von sich aus zu veranlassen haben¹. Eine solche Pflicht ergibt sich als Garantenpflicht aus § 13 StGB, wenn sich der Patient dem Arzt mit einer Vielzahl von Krankheiten anvertraut und für eine davon die Überweisung notwendig ist, oder wenn der Kranke die Behandlung durch Untersuchung des Kranken oder erste therapeutische Maßnahmen zunächst tatsächlich übernommen hatte. Die Pflicht, von sich aus das Erforderliche zu veranlassen, kann sich aus § 323 c StGB ergeben, wenn der Arzt die Übernahme der Behandlung einer bestimmten schwerwiegenden Krankheit zwar ablehnt, der Zustand des Kranken aber als Unglücksfall anzusehen ist².

(bb) Der Arzt hat seine Fähigkeiten nicht nur bei Übernahme der Behandlung, sondern auch in ihrem gesamten Verlauf zu prüfen. Kann er unerwartet auftauchende Schwierigkeiten und Komplikationen nicht bewältigen, so hat er die Behandlung bei entsprechender Möglichkeit abzugeben; eine Weiterbehandlung durch ihn ist fehlerhaft, wenn Abgabemöglichkeit besteht.³

(cc) Gesichert werden die Pflichten zur Abgabe der Behandlung und Überweisung noch durch eine Rechtspflicht des Arztes, den Patienten auf eine solche Notwendigkeit hinzuweisen. In der Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang von der Sorgfaltspflicht des Arztes gesprochen, den

1) Vgl. Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 180

2) Vgl. dazu Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 6 zu § 330 c mWN - auch für Gegenmeinung

3) Köster, Haftung des Arztes, S. 96; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 178f

Patienten ohne vermeidbare Verzögerung zu einer fachärztlichen und klinischen Behandlung zu drängen¹.

(dd) Der Arzt braucht bei mangelnden Fähigkeiten den Kranken aber nicht stets zu überweisen. Bedarf er lediglich ergänzender Hilfe, so kann er sich mit der Heranziehung eines Facharztes als Konsiliarius² begnügen. Beispielsweise gehört es zu den Sorgfaltspflichten eines Arztes für Allgemeinmedizin, bei Gehirnerschütterungen einen Neurologen zu konsultieren, wenn bei der Behandlung Komplikationen auftreten. Inwieweit die Verletzung einer solchen Sorgfaltspflicht für eine Körperverletzung oder fahrlässige Tötung auch kausal geworden ist, kann allerdings erst eine Prüfung im Einzelfall ergeben.

Erwägen ließe sich noch, ob die Verfechter von Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen vor Praktizierung ihrer Therapie einen Vertreter der Schulmedizin als Konsiliarius heranzuziehen haben, damit die verschiedenen therapeutischen Wege dem Patienten auch aus seiner Sicht vor Augen geführt werden. Eine solche Rechtspflicht ist aber entbehrlich, da die ärztlichen Außenseiter und Anhänger von Neulandbehandlungen ohnehin eine genaue Kenntnis der Schulmedizin haben müssen³ und den Patienten dementsprechend aufklären können.

1) BGH bei Dallinger MDR 1955, 270 zu § 218

2) Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, S. 308 - Konsiliarius: Zur Beratung in einem unklaren Krankheitsfall vom behandelnden Arzt hinzugezogener Arzt

3) Vgl. oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) = S. 117ff

(b) Auch bei der Pflicht zur Überweisung des Patienten oder zur Heranziehung eines Konsiliarius ergeben sich Einschränkungen¹.

(aa) Sie wird eingeschränkt durch die Dringlichkeit des Falles², durch den Ort, die sonstigen Verhältnisse und die Erkennbarkeit für den Arzt³. So darf etwa ein als Arzt für Allgemeinmedizin ausgebildeter Schiffs- oder Expeditionsarzt einen akut entzündeten Blinddarm operieren, sofern ein rechtzeitiger Abtransport des Kranken in eine Fachbehandlung nicht möglich ist und ihm die unentbehrlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Verfügung stehen. Derselbe Arzt darf eine Gehirnerschütterung, bei der Komplikationen auftreten, auch ohne Zuziehung eines Neurologen behandeln⁴.

(bb) Sind die Behandlungsmöglichkeiten einer Klinik nicht oder nicht vollständig ausreichend, so kann diese sich durch eindeutige und unmißverständliche Aufklärung weitgehend ihrer strafrechtlichen Verantwortung dafür entledigen, daß die Behandlung fehlschlägt oder sonst vermeidbare Komplikationen auftreten⁵. Gewährleistet sein muß aber ein Mindeststandard ärztlicher Betreuung wie etwa die notwendige Fachausbildung der behandelnden Ärzte, Vorhandensein der für einen geplanten Eingriff notwendigen Instrumente usw.; das Erfordernis eines Mindeststandards ärztlicher Betreuung folgt aus der Garantenpflicht des

1) Vgl. schon oben: D II 1 c aa (3) (b) = S. 105ff und D II 1 c bb (1) (d) = S. 123f

2) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 186; Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2203; Zenker MMW 67, 2334

3) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 186

4) Zu diesem Bsp. vgl. vorstehend (a) (dd) = S. 130

5) Vgl. auch Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2203f

Arztes, mit der es unvereinbar ist, wenn das Risiko-Nutzen-Verhältnis einer Behandlung für die Heilung des Patienten nicht mehr angemessen ist. Die Garantenpflicht als Ausdruck der umfassenden Fürsorgepflicht des Arztes für seinen Patienten muß insoweit auch bei positivem Tun Bedeutung gewinnen. Der vom Arzt im erforderlichen Umfang aufgeklärte Patient kann jedoch zumindest auf die Anwendung moderner und modernster Verfahren wirksam verzichten und sich mit der Anwendung herkömmlicher Behandlungsmethoden begnügen.

(cc) Weigert sich der Patient ernsthaft und endgültig, sich an einen anderen Arzt oder an ein Krankenhaus Überweisen zu lassen, so ist der behandelnde Arzt von strafrechtlicher Verantwortlichkeit befreit, soweit er den Kranken im Rahmen seiner Möglichkeiten betreut¹.

(c) Zusammenfassend ist festzustellen, daß der ärztliche Beurteilungsspielraum bei der Methodenwahl voraussetzt, daß der Arzt seinen Aufgaben medizinisch gewachsen ist. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so hat der Arzt den Kranken zu überweisen bzw. einen Konsiliarius heranzuziehen; selbst behandeln darf er nur dann, wenn eine der vorstehend genannten Ausnahmen gegeben ist.

1) Vgl. Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 199

- (3) Folgerichtigkeit der eingeschlagenen Methode, keine sich widersprechenden Behandlungsentscheidungen

Hat der Arzt sich für eine bestimmte Therapie entschieden, so muß er sie konsequent durchführen. Er darf allerdings zu einer anderen Methode übergehen, wenn die zunächst eingeschlagene keinen Erfolg zeitigt. Die Pflicht zur konsequenten Durchführung der Behandlung gilt sowohl bei der Behandlung nach den Grundsätzen der Schulmedizin als auch bei Außenseitermethoden und - soweit möglich - bei Neulandbehandlungen¹. Beispielsweise hat der Homöopath die Regeln der Homöopathie zu befolgen². Aus dem Gebot der folgerichtigen Durchführung einer Behandlung ergibt sich weiter, daß der Arzt keine sich widersprechenden Behandlungsentscheidungen treffen darf.

So ist es folgerichtig, bei einer Infektion mit einem unbekannten Erreger, die ein sofortiges therapeutisches Eingreifen erfordert, zwei bakterizide³ Antibiotica mit sich ergänzendem Wirkungsspektrum, z.B. ein Penicillin und ein Gentamycin, miteinander zu kombinieren⁴.

In der Kombination eines bakteriziden mit einem bakterio-
statischen¹ Antibioticum (z.B. ein Penicillin und ein

1) Korthals, Organtransplantation, S. 58f; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 268, 272; Uhlenbruck DMW 1968, 2136, 2137; vgl. auch RG HRR 1938, 187; RGSt 64, 263, 271 - oben B I 1 = S. 36f

2) Liertz/Paffrath aaO.; Uhlenbruck aaO.; RG HRR 1938, 187; RGSt 64, 263, 271 - oben B I 1 = S. 36f

3) Bakterizid: bakterientötend, vgl. Pschyrembel, Klin. Wörterbuch, S. 114

4) Arzneiverordnungen, hrsgg. von den Mitgliedern der Arzneimittelkommission der deutschen Ärzteschaft, S. 24

5) Bakteriostase: Keimhemmung, Verhinderung des Keimwachstums und der Keimvermehrung ohne Abtötung, Pschyrembel aaO.

Sulfonamid) läge hingegen ein innerer Widerspruch, da die Wirkungsmechanismen dieser beiden Substanzen eine synergistische¹ Wirkung unwahrscheinlich machen. Eine hieraus erwachsende Komplikation (z.B. Arzneimittelallergie mit Todesfolge) würde damit in aller Regel eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des behandelnden Arztes begründen.

Grenzen der eigenen Methode hat der Arzt einzuhalten. So erkennt etwa die homöopathische Richtung der Medizin bei schweren Herzerkrankungen eine Grenze an, jenseits derer auf allopathische Mittel nicht verzichtet werden kann². Ein Überschreiten dieser Grenze ist eine objektive Sorgfaltswidrigkeit, ein Kunstfehler³.

Insgesamt setzt der ärztliche Beurteilungsspielraum in der Therapiewahl also neben der umfassenden Untersuchung des Patienten voraus, daß der Arzt vollständig informiert ist, die Behandlung bei einem Überschreiten seiner Fähigkeiten abgibt oder einen Konsiliarius heranzieht und er die Behandlungsentscheidung auch folgerichtig durchführt.

cc) Untauglichkeit der gewählten Behandlungsmethode

Auf eine entscheidende Grenze stößt der ärztliche Beurteilungsspielraum bei Untauglichkeit der gewählten Behandlungsmethode. Ist die ärztliche Therapie nämlich als untauglich zu qualifizieren, so scheidet sie als Behandlungsmöglichkeit ohne weiteres aus. Für einen Beurteilungsspielraum ist insoweit kein Platz mehr.

1) Synergismus: (Pharmakol.) gegenseitige Beeinflussung mehrerer Arzneimittel i.S. einer additiven o. potenzierten, u.U. auch neuartigen Wirkung, Pschyrembel aaO. S. 1184

2) BGH LM Nr.6 zu §230 StGB Bl.1 RückS. - oben B I 5 = S. 41

3) Vgl. oben A I 2 b cc (2) = S. 20

- (1) Abweichung von Schulmedizin bzw. Stand der medizinischen Wissenschaft kein Kunstfehler

Klarzustellen ist nochmals, daß die Abweichung von der Schulmedizin bzw. dem Stand der medizinischen Wissenschaft nicht bereits zur Annahme eines Kunstfehlers führt¹. Ebenso verhält es sich bei der Abweichung von der mit sachverständiger Hilfe festgestellten "objektiv besten Therapie"². Eine andere Ansicht würde dem oben begründeten ärztlichen Spielraum bei der Wahl der Behandlungsmethode³, dem ärztlichen Beurteilungsspielraum⁴, zuwiderlaufen.

- (2) Entwicklung eines eigenen Kunstfehlerbegriffes

Für die Therapiewahl des Arztes ist vielmehr ein eigener Kunstfehlerbegriff zu entwickeln. Er hat zu konkretisieren, wann die vom Arzt gewählte Behandlungsmethode als untauglich anzusehen ist.

- (a) Praktizierung von Schulmedizin lege artis - Vorwurf eines Kunstfehlers regelmäßig ausgeschlossen

Es fragt sich zunächst, ob dem Arzt der Vorwurf eines Kunstfehlers gemacht werden kann, wenn er sich für ein

1) Vgl. oben D I 2 a aa = S. 68ff ; s. die Rechtsprechungsnachweise bei Gliederungspunkt B = S. 36ff und die Literaturnachweise bei Gliederungspunkt C = S. 51ff - s. insoweit nur Kienle NJW 1976, 1126 - insbes. S. 1127, 1129f und Stooß, Chirurgische Operation, S. 50f

2) Dazu vgl. oben D I 2 a bb = S. 75ff

3) Dazu oben D I 2 a = S. 66ff - insbesondere dd = S. 84f

4) Dazu D II 1 c = S. 97ff

Verfahren der Schulmedizin im oben definierten Sinn¹ entschieden hat bzw. grundsätzlich nur schulgemäße Verfahren anwendet. Dies könnte schon deshalb auszuschließen sein, weil die Schulmedizin in der medizinischen Wissenschaft überwiegend anerkannt wird.

Dennoch werden auch hier Gegenpositionen vertreten. Sie richten sich allerdings nicht gegen den ärztlichen Beurteilungsspielraum als solchen², sondern wenden sich dagegen, daß der Arzt stets ohne nähere Prüfung befugt sein soll, sich an den Regeln der Schulmedizin zu orientieren; vielmehr wird vom Arzt verlangt, daß er in jedem Einzelfall eine eigenständige Methodenwahl trifft.

(aa) Von der angeführten Meinung wird der Arzt teilweise für verpflichtet gehalten, neue Behandlungsmethoden anzuwenden, wenn er diese für vorzugswürdig und Überlegen hält³. Nach Erlaß des neuen Arzneimittelgesetzes wird die Problematik insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verordnung neuer Arzneimittel im Rahmen ihrer klinischen Erprobung diskutiert⁴.

Besondere Beachtung verdient hier der Fall, daß das neue Arzneimittel (Testpräparat) einer Testgruppe verordnet wird, während die Kontrollgruppe das schulgemäße

1) Vgl. D I 2 a aa (1) (a) = S. 68ff

2) Dazu D I 2 a = S. 66ff - insbes. dd = S. 84f

3) Fincke, Arzneimittelprüfung - insbes. S. 91f; ders. NJW 1977, 1094, 1095; ders. Dt. Ärztebl. 1978, 2519 - insbes. S. 2521; Kohlhaas MMW 64, 2281, 2284; ders., Medizin u. Recht, S. 90 - zu der Arbeit von Fincke vgl. auch die kritische Besprechung von Jakobs ZStW 91 (1979), 649

4) Vgl. namentlich Fincke aaO.

Standardpräparat erhält¹. Dieses Vorgehen wird von einer Ansicht² als vorsätzliche³ Körperverletzung oder sogar als (versuchte)⁴ Tötung der der Kontrollgruppe zugewiesenen Patienten angesehen. Zur Begründung wird angeführt, daß der Arzt das Testpräparat ohne die ernsthafte Erwartung seiner Überlegenheit gar nicht angewandt hätte⁵. Gegenüber den Patienten in der Kontrollgruppe läge daher eindeutig Vorsatz des Arztes vor, weil dieser sich mit dem ungünstigeren Ausgang für sie abgefunden hätte, ihn sogar wegen des erstrebten Testergebnisses gewollt habe⁶. Daraus wird die Folgerung gezogen, daß kein Arzt sich bei begründeter Vermutung der Unterlegenheit auf den Bestand der kontrolliert auf Wirksamkeit getesteten Arzneimittel zurückziehen dürfe⁷. Die Pflichtwidrigkeit des Arztes wird also im Handeln gegen die eigene Überzeugung erblickt.

Bereits die Begründung dieser Auffassung erscheint angreifbar. Soweit sie die Verantwortlichkeit des Arztes wegen versuchter oder vollendeter vorsätzlicher Tötung erörtert⁸, ist sie an lediglich theoretischen Fällen ausgerichtet⁹, denn bei vitaler Indikation bekommen schon

1) Vgl. schon A II 1 b = S. 30ff - insbes. bb (2) (b) = S. 32

2) Fincke aaO.

3) Dazu Fincke, Arzneimittelprüfung, S. 82ff - insbesondere S. 91f

4) Vgl. Fincke, Arzneimittelprüfung, einerseits S. 29ff - andererseits S. 82ff

5) Fincke, Arzneimittelprüfung, S. 91f; ders. NJW 1977, 1094, 1095

6) Fincke NJW 1977, 1094, 1095

7) Fincke Dt. Ärztebl. 1978, 2519, 2521

8) Vgl. den von Fincke als Hauptbsp. angeführten Fall: NJW 1977, 1094

9) Vgl. Samson NJW 1978, 1182, 1185 unter III 2 b (1); Sewing Dt. Ärztebl. 1978, 2281, 2282

jetzt alle Patienten das Testpräparat¹. Regelmäßig geht es bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln nicht um Leben oder Tod, sondern nur um die Gefahr körperlicher Beeinträchtigungen². Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes wegen fehlender Verabreichung eines neuen Arzneimittels würde zudem ein Einstehenmüssen für ein Unterlassen bedeuten. Dieses Unterlassen steht einem positiven Tun nur dann gleich, wenn der Arzt eine Garantenstellung und -pflicht zur Verordnung des neuen Präparates trifft, § 13 I StGB³. Eine solche Garantenpflicht ist jedoch abzulehnen⁴. Eine Garantenpflicht aus Übernahme entfällt. Sie setzt voraus, daß durch die Übernahme neue Gefahren für den Begünstigten begründet oder ihm andere Schutzmöglichkeiten entzogen werden⁵. Das ist bei der Aufnahme eines Kranken in eine klinische Prüfung mit der Chance des Erhaltes von Testpräparaten aber nicht der Fall. Der Arzt brauchte mit dem Patienten nämlich gar keinen Behandlungsvertrag zu schließen, der dessen Aufnahme in eine klinische Prüfung vorsah. Hätte der Arzt den Vertrag nicht abgeschlossen, dann hätte der Kranke ebenfalls keine Chance zur Behandlung mit dem neuen Arzneimittel gehabt, dem Kranken wird also gar keine reale Schutzmöglichkeit entzogen⁶. Vielmehr erfüllt das Inverkehrbringen und somit auch die Verabreichung von Arzneimitteln ohne behördliche Zulassung selbst den Straftatbestand des § 96 Nr. 5 AMG. Der Arzt ist nur im Rahmen

1) Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150f; vgl. auch Fischer, Medizinische Versuche, S. 51 u. Lindenschmidt, Chirurg, 50 (1979), 208, 213f

2) Vgl. Sewing aaO.

3) Dazu Fincke Dt. Ärztebl. 1978, 2519, 2520f

4) Ebenso: Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1096; Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1151f; Samson NJW 1978, 1182, 1184f

5) Samson NJW 1978, 1182, 1185; Sch-Sch-Stree, StGB Rdn 27 zu § 13

6) Vgl. Samson aaO., dagegen Fischer, Medizinische Versuche, S. 48f

klinischer Prüfungen ausnahmsweise zum Einsatz eines nicht zugelassenen Arzneimittels ermächtigt¹. Ein Gebot zum Einsatz dieses Arzneimittels läßt sich damit nicht vereinbaren².

Auch die Annahme von Vorsatz bei den handelnden Ärzten ist verfehlt. Sie setzt als bewiesen voraus, was gerade bewiesen werden soll: nämlich Wirksamkeit und Überlegenheit des neuen Arzneimittels³. Es darf nicht entscheidend ins Gewicht fallen, daß dieser Beweis auf Kosten der Patienten in der Kontrollgruppe gehen kann. Damit würde nicht hinreichend berücksichtigt, daß der erwarteten größeren Heilungschance der Patienten in der Testgruppe ein zumindest ebenso hoch einzuschätzendes Risiko unerwünschter Nebenwirkungen gegenübersteht⁴. Das wird besonders deutlich an der Tatsache, daß erst ab etwa 5000 Anwendungen alle unerwünschten Wirkungen eines Arzneimittels bei sorgfältiger Registrierung erfaßt werden können⁵. Wenn aber Chancen und Risiken der Anwendung des neuen Arzneimittels gleichwertig sind, kann nicht die Rede davon sein, daß der Arzt die der Kontrollgruppe zugewiesenen Kranken vorsätzlich an der Gesundheit beschädigen oder sogar töten will. Er muß vielmehr auch die Gefahren für die Empfänger des neuen Präparates ernst nehmen und sich insoweit mit etwaigen gesundheitlichen Schäden abfinden.

1) Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1151f

2) Hasskarl aaO.

3) Deutsch JZ 1980, 289, 290; Fischer, Medizinische Versuche, S. 49; Wartensleben, Festschr. Bruns, S. 339, 342, 343

4) Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1095; Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1151; Plagemann JZ 1979, 257 258; Wartensleben aaO. S. 344 - wenig überzeugende Rechtfertigung bei Fincke Dt. Ärztebl. 1978, 2519, 2521 mittl. Sp.

5) Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1095

Festzuhalten ist also, daß der Arzt bei der klinischen Erprobung von Arzneimitteln nicht zur Verordnung des Testpräparates verpflichtet ist. Ebenso ist in den sonstigen Fällen der Nichtanwendung neuer Arzneimittel, die gerade zugelassen sind oder einer Zulassung nicht bedürfen¹, sowie überhaupt in allen Fällen der Nichtanwendung neuer Therapieformen (Neulandbehandlungen) zu entscheiden. Zumindest so lange, wie das Verhältnis von Chancen und Risiken einer neuen Therapie nicht mit hinreichender Sicherheit feststeht, kann der Arzt nicht verpflichtet sein, sie anzuwenden. Dem Arzt kann also die schulgemäße Behandlung seiner Patienten selbst dann nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn seiner persönlichen Überzeugung nach Neulandverfahren der herkömmlichen Methode Überlegen sind. Entscheidend sind die objektiven Umstände, nicht aber ihre Einschätzung durch den Arzt.

(bb) Von anderen Vertretern der Literatur wird der Arzt prinzipiell für verpflichtet gehalten, im Einzelfall auch Außenseitermethoden auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen², von der Schulmedizin abzuweichen, wenn er aus objektiven Gründen von der Überlegenheit eines anderen Verfahrens überzeugt ist³ oder seiner Auffassung nach die Schulmedizin dem Patienten schaden würde⁴. Diese Meinungen beruhen darauf, daß der Arzt aufgrund seiner Garantenstellung alles in seinen Kräften liegende zu tun habe, um eine Heilung des Kranken zu ermöglichen. Dem soll es widersprechen, wenn der Arzt von vornherein auf die Praktizierung der Heilmethoden der Schulmedizin festgelegt ist.

1) Vgl. § 21 II AMG, s. auch §§ 38, 39 AMG

2) Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 272

3) Vgl. Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 12 Abs. 1 - s. zu diesem auch oben bei C II = S. 51ff
s. weiter Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 86

4) Gritschneder, Patient, Arzt, Versicherung, S. 159 -
Stichwort: Kunstfehler

Solchen Auffassungen ist ebenfalls entgegenzuhalten, daß das Risiko der Praktizierung von Verfahren, die von der Schulmedizin abweichen, regelmäßig wesentlich erhöht ist: Es fehlt an einem entsprechenden Erfahrungsschatz und Überwiegend auch an entsprechender wissenschaftlicher Diskussion. Auch die Schulmedizin ist Therapie im Einzelfall und kann in aller Regel den Besonderheiten einer Erkrankung angepaßt werden, ohne daß auf eine andere Methode zurückgegriffen werden müßte. Auf die Überzeugung des Arztes kann es hier nicht ankommen, da der Kunstfehlerbegriff auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt abstellt¹, nicht aber auf die Einschätzung des Wertes der verschiedenen Methoden durch den Arzt. Eine Rechtspflicht zur Abweichung von der Schulmedizin kann es deshalb nicht geben.

(cc) Die Entscheidung für die Schulmedizin ist vielmehr stets pflichtgemäß und kein Kunstfehler². Dies gilt ungeachtet des grundsätzlich bestehenden ärztlichen Beurteilungsspielraumes bei der Wahl seiner Behandlungsmethode³.

Die Sachgerechtheit der Privilegierung der Schulmedizin ergibt sich schon aus den oben⁴ mitgeteilten Gründen, die hier nur kurz noch einmal zusammenzufassen sind: Das Bestehen und die Bewährung von Verfahren der Schulmedizin in der wissenschaftlichen Diskussion schließen ein Eingreifen des Strafrichters aus, zumal dieser weit geringere

1) Vgl. oben A I 2 b cc (2) = S. 20

2) Giesen, Haftung des Arztes, S. 13 - die Ausführungen S. 20f betreffen schon erprobte neue Methoden und bilden deshalb keinen Widerspruch; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 24; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 129 2. Abs.; Samson NJW 1978, 1182, 1185 unter III 2 b (2); für das Zivilrecht: Spann/Liebhards, Ärztl. Rechts- u. Standeskunde, S. 282 1. oben

3) Dazu oben D I 2 a = S. 66ff insbes. unter dd = S. 84f

4) Vgl. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff

Erkenntnismöglichkeiten hat und sich nur auf Sachverständige stützen kann. Die Tauglichkeit dieser Methoden wird deshalb für den Strafprozeß unwiderleglich vermutet. Der Patient darf regelmäßig auch nur auf die Praktizierung von Schulmedizin vertrauen. Für den Arzt seinerseits ist ein Orientierungsrahmen erforderlich, um ein unzumutbares Strafbarkeitsrisiko zu vermeiden: Den besten Maßstab bieten dafür die Grundsätze der Schulmedizin.

Die Anwendung von Schulmedizin als Therapie kann daher kein Kunstfehler sein.

- (b) Kunstfehler bei der Praktizierung von Behandlungsmethoden, die von der Schulmedizin abweichen (Außen-seitermethoden und Neulandbehandlungen)

Da die Anwendung von Schulmedizin als Therapie stets kunstgemäß ist, ist jetzt zu erörtern, ob und wann die Methodewahl bei von der Schulmedizin abweichenden Verfahren als Kunstfehler angesehen werden kann¹. Zu bestimmen ist, wo bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen die Grenze des rechtlich Zulässigen zu ziehen ist.

- (aa) Heileffekt der von der Schulmedizin abweichenden Verfahren nicht ausgeschlossen bzw. nicht wissenschaftlich exakt widerlegbar

Medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen müssen möglicherweise ein bestimmtes Maß an Heilwirkung aufweisen, damit sie vom Strafrecht nicht als untauglich und damit als sorgfaltswidrig (kunstfehlerhaft) qualifiziert werden.

1) Interessant insoweit zur zivilrechtlichen Position der anglo-amerik. Rechtsprechung: Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 37

(aaa) Als untauglich könnten diese Behandlungsmethoden zunächst dann einzuordnen sein, wenn sich ihre therapeutische Wirksamkeit nicht positiv feststellen läßt.

Für das Strafrecht ist allerdings an keiner Stelle als Sorgfaltsmaßstab ausdrücklich festgelegt, daß sich die Wirksamkeit der vom Arzt angewandten Behandlungsmethode nachweisen lassen müsse. Das Erfordernis eines Wirksamkeitsnachweises könnte aber aus den Regelungen und Wertungen des neuen Arzneimittelgesetzes zu folgern sein. Diese könnten Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sein, wonach die Wirksamkeit der Behandlung nicht nur bei der Arzneimitteltherapie, sondern auch bei allen anderen Therapieformen feststehen müsse¹. Dem könnte auch für die Inhaltsbestimmung des Kunstfehlerbegriffes bei der ärztlichen Methodenwahl Rechnung zu tragen sein.

α) Fraglich und umstritten ist schon, ob das Arzneimittelgesetz überhaupt einen Wirksamkeitsnachweis für Arzneimittel verlangt.

Die Überwiegende Ansicht bejaht diese Frage². Sie stellt auf den Wortlaut des § 25 II Nr. 4 AMG ab. Danach darf die Zulassung eines Arzneimittels für den Verkehr (§ 21 AMG) nur versagt werden, wenn die vom Hersteller (Antragsteller) angegebene therapeutische Wirksamkeit fehlt. Hieraus wird umgekehrt geschlossen, daß der Hersteller (Antragsteller) die Zulassung eines neuen Arzneimittels für den Verkehr nur durchsetzen kann, wenn er die

1) Vgl. auch Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1094 - mittl.Sp.

2) Denninger NJW 1981, 619; Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 44f; Hasskarl Dt. Ärztebl. 1979, 161, 164f; ders. Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1152; vgl. auch Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Bericht des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit (im folgenden BT-Ausschußbericht), BT-Drucksache 7/5091 v. 28.4.1976 - S. 5 unter II,2, S. 6

Wirksamkeit des von ihm entwickelten Präparates nachweist. Damit sei aber praktisch ein Wirksamkeitsnachweis für neue Arzneimittel normiert. Eine entgegenstehende Auffassung leugnet die Normierung eines Wirksamkeitsnachweises im Arzneimittelgesetz¹. Sie stellt § 25 II S. 3 AMG in den Vordergrund². Dieser Vorschrift zufolge fehlt die therapeutische Wirksamkeit eines Arzneimittels, wenn feststeht, daß sich mit dem Arzneimittel keine therapeutischen Ergebnisse erzielen lassen. Daraus wird gefolgert, daß anstelle eines positiven Wirksamkeitsnachweises des Herstellers die Zulassungsbehörde - negativ - die Unwirksamkeit des Arzneimittels nachweisen müsse³. Andere schließlich halten die Regelungen des Arzneimittelgesetzes, § 25 II Nr. 4 AMG auf der einen Seite und § 25 II S. 3 AMG auf der anderen Seite, für unklar⁴.

Für die Interpretation des Arzneimittelgesetzes erscheint es zutreffend, die maßgeblichen Vorschriften im Sinne eines positiven Wirksamkeitsnachweises für Arzneimittel auszulegen. Wie die herrschende Meinung zutreffend herausgearbeitet hat, ist es der Sinn der Vorschrift des § 25 II Nr. 4 AMG, daß der Hersteller die Zulassung eines Präparates für den Verkehr nur dann durchsetzen kann und soll, wenn er dessen Wirksamkeit nachweist. Das ergibt sich auch aus

1) Fincke, Arzneimittelprüfung, S. 126f; Fincke NJW 1977, 1094, 1096; Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615 - rechtspolitisch ist Kreienberg allerdings Anhänger eines Wirksamkeitsnachweises im Arzneimittelrecht

2) Fincke argumentiert zusätzlich mit § 24 I Nr. 3 AMG - Fincke Dt. Ärztebl. 1978, 2519, 2521; ders., Arzneimittelprüfung, S. 127; - dagegen treffend: Hasskarl Dt. Ärztebl. 1979, 161, 165

3) Fincke, Arzneimittelprüfung, S. 126; Kreienberg aaO.

4) Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1099; Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235, 2236, 2240; keine abschließende Stellungnahme bei Samson NJW 1978, 1082

dem in § 1 AMG niedergelegten Zweck des Arzneimittelgesetzes. Nach § 1 AMG ist es insbesondere Zweck des Arzneimittelgesetzes, für die Wirksamkeit von Arzneimitteln zu sorgen. Ein solcher Gesetzeszweck geht eindeutig auch aus den Materialien zum Arzneimittelgesetz¹ hervor. Dort ist unmißverständlich ausgesprochen, daß der pharmazeutische Unternehmer die Wirksamkeit des Arzneimittels nachzuweisen hat². Ausdrücklich wird es abgelehnt, dem Staat im Rahmen des Zulassungsverfahrens bei Zweifeln über das Vorliegen der therapeutischen Wirksamkeit eines Arzneimittels die Beweisführungslast für das Fehlen der behaupteten Wirksamkeit aufzuerlegen; dies würde nach Meinung des für die Beratung des Arzneimittelgesetzes zuständigen Bundestagsausschusses nämlich zu einem Verzicht auf den Wirksamkeitsnachweis führen³. Demgegenüber kann der Wortlaut des § 25 II S. 3 AMG nicht mehr entscheidend ins Gewicht fallen, denn sonst würde der in § 1 AMG niedergelegte und auch sonst erkennbar gewordene Wille des Gesetzgebers unterlaufen. § 25 II S. 3 AMG ist aus diesem Grund restriktiv in dem Sinne zu verstehen, daß therapeutische Ergebnisse als nicht erzielt gelten, wenn sich die Wirksamkeit bei der angegebenen Indikation nicht nachweisen läßt⁴. Kann weder das Fehlen der therapeutischen Wirksamkeit des Arzneimittels noch dessen Vorliegen im Zulassungsverfahren erwiesen werden (Fall des non liquet), so hat der Antragsteller die Wirksamkeit seines Präparates im Sinne der Nr. 4 des § 25 II, 1 AMG "unzureichend begründet", und die Zulassung muß versagt werden⁵. Eine andere Auslegung des Arzneimittelgesetzes könnte noch geboten sein,

1) BT-Drucksache 7/5091 v. 28.4.1976 - s.o. S. 143 Fußn.2

2) BT-Drucksache aaO. S. 5 unter II, 2

3) BT-Drucksache aaO. S. 6

4) Vgl. hierzu Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235, 2240

5) Denninger NJW 1981, 619, 620

weil in der Literatur umstritten ist, ob ein Wirksamkeitsnachweis für Arzneimittel überhaupt erbracht werden kann¹. Mit diesen Bedenken hat sich der Gesetzgeber aber vor Er-
laß des Arzneimittelgesetzes auseinandergesetzt, ohne ihnen jedoch Rechnung zu tragen². Die durchaus ernstzunehmenden Bedenken gegen die Möglichkeit eines Wirksamkeitsnachweises bei Arzneimitteln, die im folgenden³ noch genauer betrachtet werden müssen, führen deshalb nicht zu einer anderen Interpretation des Arzneimittelgesetzes. Das Arzneimittelgesetz verlangt also einen positiven Wirksamkeitsnachweis für Arzneimittel.

§) Für die Bestimmung der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit ist indes entscheidend, ob auch das allgemeine Strafrecht (§§ 212, 222, 223, 230 StGB) bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen die Wirksamkeit der eingesetzten Arzneimittel und sonstigen Behandlungsmethoden verlangen kann⁴ und ob das Mißlingen des Wirksamkeitsnachweises den Vorwurf eines Kunstfehlers begründet.

Dafür läßt sich geltend machen⁵, daß für den Wert jeder Behandlungsmethode die Nutzen-Risiko-Abwägung zwischen zu erwartender therapeutischer Wirksamkeit und den möglichen unerwünschten Wirkungen entscheidend ist⁶. Im Interesse der Patienten sind für diese Abwägung die therapeutischen

1) Vgl. nur Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235, 2237, 2238; Sewing Dt. Ärztebl. 1978, 2281, 2282; Hensel/Kienle Dt. Ärztebl. 1977, 1817, 1820

2) BT-Drucksache aaO. S. 6

3) Vgl. nachfolgend unter § = S. 146ff

4) Zu der Ausnahme bei Praktizierung von Schulmedizin vgl. oben D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

5) Die folgenden Zitate stammen sämtlich aus der Diskussion um die neue Einführung eines Wirksamkeitsnachweises im neuen AMG

6) Vgl. Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615

Wirkungen der verschiedenen Behandlungsverfahren - also auch ihr Heileffekt - möglichst weitgehend zu objektivieren¹, d.h. voraussehbar und nachvollziehbar zu machen. Daraus könnte zu schließen sein, daß der Wirksamkeitsnachweis für ärztliche Behandlungsverfahren Grundlage jeder rationalen Therapie² und damit auch Sorgfaltsmaßstab für das allgemeine Strafrecht ist. Verstärkt wird dieser Gedanke noch dadurch, daß unwirksame Behandlungsmethoden den Patienten gefährden können, indem der Einsatz einer wirksamen Therapie verzögert oder sogar verhindert wird³.

Die vorstehenden Erwägungen beruhen auf der Voraussetzung, daß ein Wirksamkeitsnachweis für ärztliche Behandlungsmethoden tatsächlich erbracht werden kann. Die Nachweismöglichkeit ist jedoch - wie angeführt⁴ - schon für das Arzneimittelrecht heftig umstritten. Der Gesetzgeber hat sich zwar bei der Schaffung des Arzneimittelgesetzes den Bedenken an einer Durchführbarkeit des Wirksamkeitsnachweises nicht angeschlossen. Dementsprechend wird bei Arzneimitteln teilweise ein Wirksamkeitsnachweis regelmäßig für durchführbar gehalten⁵. Die Gegenansicht steht aber auf dem Standpunkt, daß es einen verfahrensmäßig einwandfreien Wirksamkeitsnachweis für Arzneimittel bislang nicht

1) Vgl. Aschenbrenner Dt. Ärztebl. 1975, 671, 675; Sewing Dt. Ärztebl. 1978, 2281, 2282

2) Vgl. Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615

3) Vgl. BT-Ausschußbericht - BT-Drucksache 7/5091 v. 28.4.1976 S. 6 r. Sp. 1. Abs.; Kreienberg Dt. Ärztebl. 1978, 2614, 2615

4) S. vorstehend unter α = S. 143ff

5) Vgl. Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235, 2237, 2238; Sewing Dt. Ärztebl. 1978, 2281, 2282

gebe¹, das sei nicht zuletzt eine Folge praktischer Schwierigkeiten². Sogar die Wirksamkeit der Mehrzahl unumstrittener Arzneimittel wie Antibiotika, Tuberkulostatika, Hustenmittel usw. ließe sich nicht nachweisen³.

Der zuletzt angeführten Meinung ist sicher zuzugeben, daß es in der Medizin Sicherheit im Sinne der exakten Naturwissenschaften praktisch nie gibt⁴. Für den therapeutischen Wert von Arzneimitteln und von Behandlungsmethoden allgemein spricht in der Regel nur eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit⁵. Entscheidungen über die Zulassung von Arzneimitteln nach dem neuen Arzneimittelgesetz sind daher Entscheidungen unter Risiko⁶. Ein positives Urteil über die Wirksamkeit eines Arzneimittels läßt sich nur mit Hilfe der Entscheidungstheorie⁷ treffen. Die Entscheidungstheorie ist eine Lehre von rationalen Entscheidungen, die auf Methoden der theoretischen Statistik beruht und auch in Situationen großer Ungewißheit anwendbar ist⁸.

1) Hensel/Kienle Dt. Ärztebl. 1977, 1817, 1820; vgl. auch: Fiebig Dt. Ärztebl. 1978, 1265, 1266; Hammans Dt. Ärztebl. 1978, 2608, 2609, 2614

2) Vgl. Hensel/Kienle aaO.

3) Hensel/Kienle aaO.

4) Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1098; vgl. auch oben D I 1 a = S. 56f

5) Für Arzneimittel vgl. Gross aaO.; Hensel/Kienle Dt. Ärztebl. 1977, 1817, 1820; s. auch Fiebig Dt. Ärztebl. 1978, 1265, 1266

6) Fiebig aaO.; vgl. auch BT-Ausschußbericht - BT-Drucksache 7/5091 v. 28.4.1976 S. 7 1. Sp. 2. Abs.

7) Zur Entscheidungstheorie vgl. Hensel/Kienle Dt. Ärztebl. 1977, 1817, 1820; Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235, 2239; BT-Ausschußbericht - BT-Drucksache 7/5091 v. 28.4.1976 S. 6 r. Sp. 3. Abs.

8) Brockhaus Enzyklopädie Band 5 - Stichwort: Entscheidung

Mit Hilfe der Entscheidungstheorie sind für die Zulassung eines Arzneimittels zum Verkehr die statistischen Ergebnisse, die bei seiner Überprüfung gewonnen worden sind, in ein normatives¹ behördliches Entscheidungsverfahren einzubringen². Damit ist aber nicht mit Sicherheit ausgeschlossen, daß auch einmal ein wirksames Mittel als unwirksam abgelehnt wird³; genauso ist es allerdings nicht auszuschließen, daß ein unwirksames Mittel als wirksam angesehen und zugelassen werden kann. Es fragt sich, ob angesichts dieser Umstände vom allgemeinen Strafrecht als Sorgfaltsmaßstab dennoch die Wirksamkeit der eingesetzten Arzneimittel sowie aller praktizierten Behandlungsmethoden gefordert werden kann. Dafür könnte man geltend machen, daß sich das Strafrecht nicht über wissenschaftlich erarbeitete und anerkannte Wahrscheinlichkeitsaussagen vom Wert therapeutischer Verfahren hinwegsetzen dürfe⁴. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß das Merkmal der Wirksamkeit als entscheidender Sorgfaltsmaßstab für die ärztliche Therapiewahl selbst dann zu einer bestimmten Beweislastverteilung führt, wenn das Gericht medizinische Sachverständige zu einer Aufklärung heranzieht. Der Fehlschlag des Wirksamkeitsnachweises geht zu Lasten des angeklagten Arztes. Andererseits läßt sich der Wirksamkeitsnachweis - wie ausgeführt - nie mit Sicherheit erbringen. Ungeachtet der entgegenstehenden Untersuchungsergebnisse kann eine ärztliche Therapie im Einzelfall dennoch wirksam sein. Daher liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" vor, wenn man auf die Wirksamkeit der eingesetzten Behandlungsmethode als maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab für kunstgerechtes ärztliches Vorgehen abstellt. Der Grundsatz

1) Vgl. Herken/Kewitz aaO.

2) Genauer Hensel/Kienle aaO.

3) Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1978, 2235, 2238

4) Vgl. zum Wirksamkeitsnachweis nach dem AMG in diesem Sinne: Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1098

"in dubio pro reo" ist aber auch für das Strafrecht des Arztes uneingeschränkt zu beachten¹. Es kann somit nicht hingenommen werden, daß dem Arzt der Vorwurf eines Sorgfaltsmangels gemacht wird, wenn sich die Wirksamkeit seiner Therapie nicht wahrscheinlich machen und auf diese Weise nachweisen läßt². Im zivilrechtlichen Schadensersatzprozeß ist allerdings eine Umkehr der Beweislast zu erwägen³, da dem Arzt dort keine unzumutbare strafrechtliche Sanktion droht.

Für das Strafrecht können die dargestellten materiellen und rechtspolitischen Bedenken gegen das Merkmal der Wirksamkeit ärztlicher Therapie nur durch eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung überwunden werden. Diese könnte etwa darin bestehen, daß die Anwendung aller Behandlungsmethoden verboten und unter Strafe gestellt wird, deren Wirksamkeit nicht feststellbar ist. Eine solche Entscheidung des Gesetzgebers fehlt jedoch. Auch für Arzneimittel ist bei der Neukodifikation des Arzneimittelgesetzes lediglich das Inverkehrbringen (§ 4 XVII AMG), nicht aber die Anwendung nicht zugelassener - d.h. nicht auf ihre Wirksamkeit überprüfter (§§ 24, 25 AMG) - Fertigarzneimittel (§ 4 I AMG) in § 96 Nr. 5 AMG unter Strafe gestellt worden. Schließlich widerspricht das Merkmal der Wirksamkeit als Begrenzung ärztlicher Freiheit in der Methodenwahl dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten⁴. Solange der Staat keine Gefahren für die Gesundheit des Patienten durch die vom Arzt gewählte Therapie nachweisen kann, darf er nicht in das Entscheidungsrecht des Kranken

1) Vgl. Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 152 - aA BGH NJW 1960, 2253f, oben B I 6 = S. 41f

2) Vgl. auch am Ende des vorstehenden Absatzes

3) Ähnlich: Spann/Liebhardt, Ärztl. Rechts- u. Standeskunde, S. 282 1. Sp. 1. Abs.; vgl. aber auch BGH JR 1980, 276

4) Vgl. zum neuen AMG: Gallwas NJW 1976, 1134, 1135

eingreifen; diesem müssen alle Behandlungswege offenstehen¹.

Von der Schulmedizin abweichende ärztliche Behandlungsmethoden sind also nicht schon deshalb kunstfehlerhaft (sorgfaltswidrig) und untauglich, weil sich ihre Wirksamkeit nicht positiv feststellen läßt.

(bbb) Sie können aber umgekehrt als kunstfehlerhaft anzusehen sein, wenn ihre Unwirksamkeit feststeht², bei ihnen also ein Heilerfolg ausgeschlossen ist.

☞ In der Literatur wird dieser Standpunkt nur vereinzelt vertreten³. Legt man ihn zugrunde, so ist es nicht erforderlich, im einzelnen zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine ärztliche Behandlungsmethode als wirksam anzusehen ist⁴. Es muß vielmehr nur herausgearbeitet werden, wann ein Heilerfolg ausgeschlossen ist. Das ist dann der Fall, wenn der Strafrichter nach Anhörung von Sachverständigen zu der Überzeugung (§ 261 StPO) gelangt, daß etwaige eingetretene Heilerfolge auf reinem Zufall oder auf Placebo-Effekten (Scheinwirkungen)⁵ beruhen. Hinzu kommt, daß

1) Vgl. Gallwas aaO. u. besonders oben D I 2 a dd = S. 84f

2) Vgl. Wortlaut des § 25 II S. 3 AMG

3) S. dazu die Nachweise oben bei C IV = S. 53f
vgl. auch Deutsch VersR 1977, 101, 102: Behandlungsweg darf nicht absurd sein; Schulz, Arzt vor dem Richter, S.124 stellt darauf ab, ob eine Methode nach allg. fachwiss. Auffassung als überholt u. aussichtslos angesehen wird

4) Zum neuen AMG vgl.: Definitionsversuch bei Fincke, Arzneimittelpflicht, S. 18f; auch Hasskarl Dt. Ärztebl. 1979, 161, 164; Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091 bedauert das Fehlen einer gesetzl. Def. im AMG

5) Dazu Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1096 r. Sp. 2. Abs.; Samson NJW 1978, 1182, 1183 unter II 2 b

die Größe der Placebo-Effekte sich namentlich bei Arzneimitteln durch Versuche ermitteln läßt¹.

ß) Für diese Meinung spricht, daß sie dem Strafrichter einen ebenso klar zu handhabenden Maßstab wie das Kriterium der Wirksamkeit der Behandlungsmethode liefert, ohne aber den Bedenken ausgesetzt zu sein, die gegen das zuletzt genannte Kriterium bestehen.

Die erörterte Meinung läßt sich auch dogmatisch mit dem geltenden Strafrecht begründen. Gemäß § 226 a StGB ist eine Körperverletzung ungeachtet der Einwilligung des Verletzten rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 226 a StGB wegen fehlender Bestimmtheit (Art. 103 II GG)² sind dabei jedenfalls unter der Voraussetzung abzulehnen, daß der Begriff der Sittenwidrigkeit eng interpretiert wird. Die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten ist also zutreffenderweise auf die Fälle zu beschränken, in denen allgemein gültige Wertmaßstäbe, die ernstlich nicht angezweifelt werden können, zu einem eindeutigen Sittenwidrigkeitsurteil führen³. Danach ist Sittenwidrigkeit noch nicht gegeben, wenn die Wirksamkeit des Eingriffs offen ist. Ein allgemein gültiger Wertmaßstab im Sinne des § 226 a StGB ist es aber, daß der Arzt keine Therapie anwenden darf, deren Heilerfolg ausgeschlossen ist⁴. Aufgrund seiner Garantenstellung ist der Arzt nämlich verpflichtet, den Patienten bestmöglich zu behandeln⁵. Wendet der Arzt demgegenüber eine

1) Vgl. Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1096 r.Sp. 2.Abs.

2) Dazu: Korthals, Organtransplantation, S. 27ff, Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 6 zu § 226 a - jeweils mwN

3) Grahlmann, Heilbehandlung und Heilversuch, S. 29, Sch-Sch-Stree, StGB, Rdn 6 zu § 226 a

4) Vgl. auch LK-Hirsch, StGB, Rdn 33 zu § 226 a

5) Vgl. oben D I 1 b cc = S. 59f

Therapie an, bei der ein Heilerfolg ausgeschlossen ist, so setzt er den Kranken durch diese Behandlung häufig einer weiteren Gefährdung seiner Gesundheit aus; zumindest verzögert er die Anwendung von Behandlungsverfahren, die eine Heilung des Patienten bewirken könnten. Das Vorgehen des Arztes ist also regelmäßig nicht nur sinnlos, sondern auch gefährlich. Damit verstößt der Arzt eindeutig gegen die Interessen des Patienten, seine Pflichten als Arzt und seine Garantenpflicht aus der Behandlungsübernahme im konkreten Fall. Sein Handeln ist also verwerflich. Es kann auch nicht durch die Einwilligung des Kranken legitimiert werden, denn durch die Einwilligung gibt der Kranke dem Arzt nicht unbegrenzt freie Hand. Dürfte der Arzt auch Behandlungsmethoden praktizieren, deren Heilerfolg ausgeschlossen ist, so würde der Patient - ungeachtet einer etwa erteilten Einwilligung - zum Objekt ärztlichen Handelns. Das ist aber mit der Gewährleistung der Menschenwürde durch Art. 1 I GG nicht vereinbar. Somit ist die Praktizierung eines Behandlungsverfahrens, bei dem ein Heilerfolg ausgeschlossen ist, sittenwidrig im Sinne des § 226 a StGB. Für den herausgestellten Beurteilungsmaßstab spricht dabei, daß nur er ein sicheres¹ Sittenwidrigkeitsurteil ermöglicht.

Dasselbe Ergebnis wie bei § 226 a StGB läßt sich mit der Strafvorschrift des § 216 StGB begründen. Aus § 216 StGB ergibt sich, daß das Rechtsgut Leben des Menschen nicht verzichtbar ist². Dann kann der Patient aber auch nicht wirksam in lebensgefährliche ärztliche Maßnahmen einwilligen, wenn ein Behandlungserfolg bei ihnen ausgeschlossen ist. Die Gefahr eines tödlichen Ausgangs des ärztlichen Vorgehens wird hier nicht durch die Chance ausgeglichen,

1) Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 29

2) Vgl. Beling ZStW 44 (1924), 220, 232f; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 100, 103; Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 30; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 96; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 13 zu § 216

den Patienten von einer schwerwiegenden Krankheit zu heilen. Bezieht man die Einwilligung des Kranken auf den möglichen negativen Ausgang der ärztlichen Behandlung¹, so ist die Einwilligung ohne weiteres unwirksam. Erstreckt man die Einwilligung des Patienten demgegenüber auf die ärztliche Behandlung als solche², so kann das Ergebnis nicht anders sein: Ist ein Heilerfolg bei der eingeschlagenen Therapie ausgeschlossen, so findet eine "Behandlung" durch den Arzt gar nicht statt. Als Einwilligungsgegenstand bleibt daher doch nur der mögliche Todeserfolg. In diesen kann der Patient aber nicht einwilligen. Somit läßt sich aus § 216 StGB schließen, daß bei eindeutig unwirksamen Behandlungsmethoden schon jede Gefährdung des Lebens des Patienten unzulässig ist.

Neben den dogmatischen Überlegungen spricht für das herangezogene Kriterium weiter, daß die Sanktionen, die mit der Feststellung der Untauglichkeit einer Therapie durch ein Strafgericht verbunden sind, in ihren praktischen Auswirkungen einem repressiven Verbot dieser Therapie gleichkommen. Die fernere Praktizierung und die Weiterentwicklung dieser Methode werden blockiert. Um solche Auswirkungen in angemessenem Rahmen zu halten, muß die Feststellung der Untauglichkeit einer Therapie auf eng begrenzte Fälle beschränkt bleiben. Untauglich ist eine Behandlungsmethode deshalb nicht schon dann, wenn sie nicht die weitaus wirksamste ist³. Sie darf vielmehr erst als untauglich abgelehnt werden, wenn bei ihr ein Behandlungserfolg ausgeschlossen ist.

1) So Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 30

2) So Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 61; Erdsiek NJW 1959, 807; s. auch Beling ZStW 44 (124), 220, 233

3) S. auch oben D I 2 a cc = S. 81ff

Mit dem Maßstab, daß eine Therapie kunstfehlerhaft ist, wenn bei ihr ein Heilerfolg ausgeschlossen ist, wird schließlich dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten in weitestgehendem Maß Rechnung getragen¹. Der Patient kann damit jede vom Arzt angeregte Behandlungsmethode wählen, es sei denn, ihre Wertlosigkeit stände fest². Dieses Ergebnis ist aber auch zutreffend, weil bei allen ärztlichen Maßnahmen - insbesondere bei Eingriffen in die körperliche Integrität - das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Vordergrund stehen muß. Der Kranke, dessen Gesundheit betroffen ist, muß in erster Linie selbst entscheidungsbefugt sein. Hierbei könnte es ein lediglich theoretischer Fall sein, daß der Patient eine wirkungslose Therapie wählt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Arzt den Patienten hinreichend aufklärt. Fehlt es an einer genügenden Aufklärung, und kommt es infolge des Mißlingens der wirkungslosen Behandlung zu einem Strafverfahren gegen den Arzt, so ist gegen ihn nebeneinander der Vorwurf eines Kunstfehlers und einer Aufklärungspflichtverletzung (Handeln ohne wirksame Einwilligung des Patienten) zu erheben.

Festgehalten werden kann somit, daß der Arzt einen Kunstfehler begeht, wenn er eine nachweisbar unwirksame Therapie einschlägt.

f) Eine weitere Frage von wesentlicher Bedeutung ist, auf welche Weise das Gericht und seine medizinischen Sachverständigen sich ihre Überzeugung davon bilden können, ob der Heilerfolg einer Behandlungsmethode ausgeschlossen ist.

1) Dafür auch Hruschka JR 1978, 519, 521

2) Vgl. Gallwas NJW 1976, 1134, 1135 und oben
D II 1 c cc (2) (b) (aa) (aaa) **B** aE = S. 150f

Unproblematisch ist es für den Richter, sich von der Wertlosigkeit einer Therapie zu überzeugen, wenn sich ein Behandlungsverfahren mit naturwissenschaftlichen Mitteln widerlegen läßt. Das ist aber regelmäßig unmöglich¹.

Die Unwirksamkeit von Behandlungsverfahren schlechthin läßt sich also - genau wie deren Wirksamkeit² - mit naturwissenschaftlichen Mitteln kaum je nachweisen³. Aus diesem Grund ist auf sonstige Hilfsmittel wie etwa Statistiken⁴ zurückzugreifen⁵. Diese sind um sachfremde Einflüsse und sonstige Fehler zu berichtigen⁶. Das sei am Beispiel einer schulgemäßen und wirksamen Behandlungsmethode verdeutlicht. So können etwa zunehmend günstige 5-Jahres-Überlebens-Quoten bei der Krebsbehandlung durch Operation und Bestrahlung auch darauf beruhen, daß die Krebserkrankung heute immer früher erkannt wird und bei der Früherkennung dieser Krankheit die natürliche Lebenserwartung noch wesentlich besser ist als in ihren späteren Stadien⁷. Der Rückgang der Sterblichkeit an einer bestimmten Form von bösartigem Tumor kann seine Ursache darin haben, daß es bei der operativen Behandlung des Karzinoms regelmäßig zu einer Totalentfernung des befallenen Organs kommt. Dies schließt jedoch nicht aus, daß der Patient an einer anderweitigen Manifestation derselben Krebserkrankung verstirbt⁸. Solche Ungenauigkeiten und etwaigen

1) Freudenberg NJW 1963, 373, 375

2) Dazu oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (aaa) β = S. 146ff

3) Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235, 2240

4) Zur Berücksichtigung statistischen Materials:
Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 276f

5) Bsp. eines Methodenvergleichs mit statist. Werten
bei Henninger, Todesdef. u. Organtransplantation,
S. 132-134; s. auch oben D I 2 a vor aa = S. 67f

6) Dazu Loeckle NJW 1962, 1750, 1751ff

7) Loeckle aaO. S. 1751f

8) Loeckle aaO. S. 1751

Fehlerquellen sind schon bei der Aufstellung von Statistiken - namentlich durch Heranziehung zusätzlicher Faktoren wie dem Zeitpunkt der Krebsfeststellung o.ä. - zu berücksichtigen. Ist das versäumt worden oder gar nicht zu vermeiden, so ist die mögliche Fehlergröße zu berechnen und bei der Auswertung der Statistik mit zugrunde zu legen. Zwar erlauben statistische Verfahren auf diese Weise nur Wahrscheinlichkeitsaussagen¹, dennoch kann der Richter sich seine Überzeugung von der Wirksamkeit einer Behandlungsmethode auch anhand von Statistiken bilden. Er kann aus ihren Wahrscheinlichkeitsaussagen, zu denen in aller Regel die Aussagen von Sachverständigen und die Ergebnisse der Untersuchung des konkreten Falles hinzutreten werden, eine persönliche Gewißheit entwickeln, ob die Heilerfolge der überprüften Therapie nur auf reinem Zufall bzw. auf Placebo-Effekten beruhen oder ob die angewandte Behandlungsmethode tatsächlich Heilwirkung hat². Hat der Richter allerdings Zweifel, ob die eingeschlagene Therapie wirklich aussichtslos ist, so darf er den Vorwurf strafbaren Verhaltens nicht auf die Therapiewahl stützen. Auf strafbegründende Umstände im Unrechtsbereich wie den Sorgfaltsverstoß des Arztes durch Wahl einer untauglichen Therapie ist der Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden³. Nur dann ist gewährleistet, daß der Arzt nicht für etwas büßen muß, für das er unter Umständen gar nicht einzustehen hat⁴. Auf die Bildung einer festen Überzeugung des Strafrichters darf nicht verzichtet werden, da sonst ein fundamentales Prinzip für eine strafrechtliche Verurteilung preisgegeben würde.

1) Hammans Dt. Ärztebl. 1978, 2608

2) Vgl. Wuermeling, Juristisches u. ärztl.-naturwiss. Denken, S. 622

3) Vgl. Stree, In dubio pro reo, S. 19

4) Vgl. Stree aaO.

d) Wann eine ärztliche Therapie wegen Aussichtslosigkeit als kunstfehlerhaft angesehen werden muß, sei noch an Beispielen deutlich gemacht.

Im Zahnarzt-Fall¹ sprach der Bundesgerichtshof der Entfernung sämtlicher Zähne des Oberkiefers bei der Patientin die Tauglichkeit ab, ihre Kopfschmerzen zu bekämpfen. Wegen Unwirksamkeit der Behandlung verneinte das Gericht einen Heileingriff. Die Möglichkeit psychosomatischer Zusammenhänge hielt der Bundesgerichtshof für fernliegend und erklärte sie deshalb für unbeachtlich². Hieraus dürfte sicher nicht zu schließen sein, daß der Bundesgerichtshof das Vorhandensein von Heilzwecken nur anerkennen will, wenn die Möglichkeit eines Heilerfolges "naheliegt"³. Dennoch bestehen gegen die Ausführungen des BGH Bedenken. Unter bestimmten Voraussetzungen, die nachfolgend in ihren Grundzügen dargestellt werden, muß der Arzt nämlich befugt sein, einen nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft nicht indizierten Eingriff auf ausdrückliches Verlangen des Patienten dennoch durchzuführen. Hat der Arzt alle medizinischen Möglichkeiten erschöpft und führt er in Kenntnis der Persönlichkeit des Kranken (Einbildung, Glauben, Lebenswillen) eine ungewöhnliche, auf die Psyche ausgerichtete Behandlungsmaßnahme durch, weil er allein bei diesem Vorgehen noch eine Heilungschance für den Patienten erwarten kann, so dürfte ein therapeutischer Erfolg nicht ausgeschlossen, der ärztliche Eingriff nicht sittenwidrig sein⁴. Soweit eine psychische Beeinflußbarkeit des Leidens nach der Persönlichkeitsstruktur des Kranken ernsthaft in Betracht kommt, muß der Arzt befugt

1) BGH NJW 1978, 1206 - oben B I 8 = S. 43
vgl. auch D II 1 c bb (1) (b) = S. 109ff

2) Krit. Horn Jus 1979, 29, 31 unter III

3) Horn aaO.

4) Vgl. Horn aaO.; gegen Sittenwidrigkeit im Zahnarztfall auch Hruschka JR 1978, 519, 521f

sein, seine Therapie auch nach der Psyche des Patienten auszurichten. Der Bundesgerichtshof hat diesen Aspekt bei seiner Entscheidung im Zahnarzt-Fall aber nicht hinreichend ausgewertet¹, eine eigene Stellungnahme ist deshalb nicht möglich².

In der Homöopathen-Entscheidung des Bundesgerichtshofes³ hatte der angeklagte Arzt dem krebskranken Patienten⁴ das homöopathische Mittel Thuja in der Verdünnung C 30 verordnet, das laut Sachverhaltsbeschreibung jenseits irgendeiner Wirkungsmöglichkeit liegt⁵. Nach dieser Formulierung dürfte das hier geforderte Kriterium für einen Kunstfehler erfüllt sein. Der Bundesgerichtshof hat die Problematik aber nicht vertieft, da sich die Verurteilung des Homöopathen schon maßgeblich auf andere Gründe (unzureichende Untersuchung, Ablehnung der Diagnose anderer Ärzte ohne eigene Untersuchung, Abraten von einer unumgänglichen Operation, Fortsetzung seiner eigenen als ungenügend erkennbaren Behandlung) stützen ließ⁶. Eine abschließende Entscheidung über die Wertlosigkeit der eingeschlagenen Therapie bzw. eine Zurückverweisung an die Tatsacheninstanz zur näheren Aufklärung dieses Punktes war deshalb nicht erforderlich.

Schwierig zu beurteilen sind u.U. Fälle, bei denen schwere Erkrankungen mit ausschließlich auf die Psyche des Patienten wirkenden Mitteln behandelt werden: so etwa durch Gesundheitsbeten⁷. Ob hier ein Heilerfolg ausgeschlossen ist,

1) Horn aaO.

2) Horn aaO.

3) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB - oben B I 5 = S. 41

4) Abschnitt II der Urteilsgründe in LM

5) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 1 Rückseite

6) BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 2 Vorderseite

7) Vgl. RGSt 50, 37 (Diabetes); RGSt 59, 355 (Wundbehandlung, Blutvergiftung)

wird sich entscheidend danach richten, ob bei der konkreten Krankheit eine psychische Ursache und eine psychische Beeinflußbarkeit ernstlich in Betracht kommen. Scheiden solche Möglichkeiten eindeutig aus, so steht die Unwirksamkeit einer ausschließlich auf die Psyche wirkenden Therapie fest, der behandelnde Arzt begeht dann einen Kunstfehler.

Als nutzlos werden schon heute in der Literatur die Behandlung einer Syphilis allein durch ein Naturheilmittel¹ oder die Behandlung einer Blinddarmentzündung mit Umschlägen bezeichnet². Mit dem zuletzt genannten Beispiel wird der oben (S. 37ff)erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts³ widersprochen, das die Verwendung von Umschlägen nicht als von vornherein untauglich angesehen hatte. Der Homöopath hatte allerdings nach dem Sachverhalt, welcher dem Urteil des Reichsgerichts zugrunde lag, neben Umschlägen noch Naturheilmittel verordnet. Das Reichsgericht erklärte aber gerade auch die Umschläge als Therapie nicht für untauglich. Wenn heute insoweit anders zu entscheiden ist, wird damit dem Fortschritt der Medizin Rechnung getragen.

Ungeachtet ihrer extremen Gefährlichkeit ist demgegenüber bei Herz- und Lebertransplantation ein Heilerfolg nicht ausgeschlossen^{4,5}.

§) Angesichts dieser Beispiele fragt es sich, wie sich das hier herausgestellte Kriterium für einen Kunstfehler zu

1) Deutsch VersR 1977, 101, 102

2) Deutsch aaO.

3) RGSt 67, 12

4) Vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 100

5) Weiteres Bsp. bei v. Brandis/Pribilla, Arzt u. Kunstfehlervorwurf, S. 38f - Fall 63

der von der Rechtsprechung ausgesprochenen Verpflichtung des Arztes verhält, die weitaus wirksamste Therapie anzuwenden¹.

Im praktischen Ergebnis dürften sich kaum Unterschiede ergeben. Die Rechtsprechung ist sehr zurückhaltend damit gewesen, eine Behandlungsmethode für die weitaus wirksamste zu erklären². Sie hat den Maßstab überhaupt nur bei Fällen in Erwägung gezogen, in denen alle anderen Heilverfahren keinen oder nur geringen Erfolg versprochen. Die hier entwickelte Auffassung vermeidet aber die Schwächen einer Methodenentscheidung³, die bei einer Verpflichtung zur Wahl der weitaus wirksamsten Therapie erforderlich ist, indem sie allein auf den Wert der angewandten Therapieform abstellt. Daneben ermöglicht sie durch noch näher⁴ aufzuzeigende ärztliche Aufklärungspflichten eine stärkere Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten.

(ccc) Zusammenfassend sind alle außerhalb der Schulmedizin stehenden Behandlungsmethoden als kunstfehlerhaft zu qualifizieren, wenn bei ihnen ein therapeutischer Erfolg ausgeschlossen ist, ihre Unwirksamkeit also feststeht.

1) Vgl. ausführlich bei D I 2 a cc = S. 81ff

2) Vgl. oben D I 2 a cc = S. 81ff mit Bsp. u. Nachw.

3) Dazu oben aaO.

4) S. dazu unten D II 2 b = S. 226ff
insbes. cc = S. 238ff

(bb) Anwendung von medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen nicht abhängig von sachlichem Grund

Von der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur wird bei der Praktizierung von Verfahren, die von der Schulmedizin abweichen, verlangt, daß für deren Anwendung ein sachlicher Grund bestehen müsse¹. Eine Begründung für dieses Erfordernis wird dabei nicht gegeben. Sachliche Gründe sollen rationale, einsehbare Gründe sein, die auch ein Beurteiler, den sie nicht zu überzeugen vermögen, ernst nehmen muß².

Ob dieses zusätzliche Merkmal des sachlichen Grundes Berechtigung hat, ist jedoch zweifelhaft.

Für seine Berechtigung könnte ein in der Literatur angeführtes Beispiel sprechen: Ein sachlicher Grund für die Nichtanwendung eines anerkannten Mittels liege vor, wenn der Arzt davon Gefahren für den konkreten Patienten befürchten müsse - so dürfe etwa bei Überempfindlichkeit des Patienten gegen bestimmte tierische Eiweiße kein daraus hergestelltes Serum verordnet werden.

Dieses Beispiel vermag jedoch das Erfordernis eines sachlichen Grundes nicht zu rechtfertigen, denn auch die Schulmedizin ist Therapie im Einzelfall und läßt keine Schädigung des Patienten zu⁴. Wendet der Arzt ein anerkanntes Mittel wegen tatsächlich vorhandener Kontraindikationen

1) Aus der Rspr. vgl.: RGSt 64, 263, 270 - oben B I 1 = S. 36f; RGSt 67, 12, 25 - oben B I 2 = S. 37ff; RG HRR 1938, 857; Nachw. aus der Lit. vgl. oben C I = S. 51 s. nur Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 88; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 28f, 29f; Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler, S. 76; ders. Dt. Ärztebl. 1974, 3078, 3079; Uhlenbruck DMW 1968, 2136

2) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 88; Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler, S. 76

3) Vgl. Pribilla, Der ärztl. Kunstfehler, S. 75

4) Vgl. auch oben: D II 1 c cc (2) (a) (bb) = S. 140f

nicht an, so handelt er durchaus noch im Einklang mit den Grundsätzen der Schulmedizin, die Praktizierung von Schulmedizin entspricht aber ohne weiteres den an den Arzt zu stellenden Sorgfaltsanforderungen¹.

Bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen könnte der sachliche Grund als Erfordernis dennoch in Betracht kommen, wenn sonst der Schutz des Patienten nicht hinreichend gesichert wäre. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß sich dieses Merkmal - anders als der Sorgfaltsverstoß bei Wahl einer aussichtslosen Therapie² - dogmatisch nicht begründen läßt. Es kann nicht als eindeutig sittenwidrig im Sinne des § 226 a StGB angesehen werden³, wenn der Arzt bei seiner Behandlung von der Schulmedizin abweicht, ohne sich dafür auf einen sachlichen Grund stützen zu können. Dies würde dem Spielraum des Arztes bei der Wahl seiner Behandlungsmethode, der prinzipiell bestehenden ärztlichen Methodenfreiheit, zuwiderlaufen⁴. Der Spielraum des Arztes darf nicht dadurch eingeengt werden, daß er sachliche Gründe für seine Therapiewahl darzulegen hat und auf diese Weise gerade wegen seiner Methodenwahl benachteiligt wird. Der Schutz des Patienten ist auch dadurch ausreichend gewährleistet, daß der Arzt keinen aussichtslosen Behandlungsweg einschlagen darf und ihm darüber hinaus weitere Sorgfaltspflichten obliegen, die im folgenden⁵ näher aufzuzeigen sein werden.

1) Vgl. oben D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

2) Vgl. D II 1 c cc (b) (aa) (bbb) = S. 151

3) Dazu s. D II 1 c cc (b) (aa) (bbb) β = S. 152ff

4) Vgl. D I 2 a = S. 66ff insbes. dd = S. 84f

5) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (cc) - (gg) = S. 166-204

Zudem läßt sich das erhöhte Risiko bei der Anwendung von Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen¹ nicht durch das Erfordernis eines sachlichen Grundes für diese Methodewahl ausgleichen. Bei der Behandlung einer Krankheit geht es in erster Linie um die Gesundheit des davon betroffenen Menschen. Deshalb muß für die Legitimation der ärztlichen Therapiewahl im Vordergrund stehen, daß der Patient insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrnimmt. Um dem Patienten eine eigene Entscheidung zu ermöglichen, treffen den Arzt noch genauer darzustellende² Aufklärungspflichten. Die Abweichung von der Schulmedizin läßt sich somit - die Erfüllung aller sonstigen Sorgfaltspflichten des Arztes unterstellt - zwar durch die Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, nicht aber durch das Erfordernis eines sachlichen Grundes legitimieren.

Gegen das Merkmal des sachlichen Grundes spricht weiter, daß dieses Erfordernis vor dem Strafgericht einen Sachverständigenstreit darüber auslösen kann und muß, ob der sachliche Grund wissenschaftlich anzuerkennen ist. Ärztliche Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen haben in der medizinischen Wissenschaft noch keine Anerkennung gefunden und sind damit den Einwänden der Vertreter der Schulmedizin ausgesetzt. Gerade wenn sachliche Gründe rationale, einsehbare Gründe sein müssen, dürften sie regelmäßig einer wissenschaftlichen Kritik von seiten der Vertreter der Schulmedizin unterzogen werden. Das löst die Gefahr aus, daß der Richter in Ermangelung eines anderen Maßstabes die Berechtigung der angeführten Gründe an den Argumenten der Schulmedizin mißt. Ein solches Vorgehen kann dann zu einer Methodenentscheidung des Richters

1) Dazu oben D II 1 c cc (2) (a) (bb) = S. 140f u.ö.

2) S. unten D II 2 b cc S. 238ff

zwischen den Verfahren der Schulmedizin einerseits und den medizinischen Außenseitermethoden bzw. Neulandbehandlungen andererseits führen. Eine derartige Methodenentscheidung ist aber abzulehnen¹.

Oben² ist bereits dargelegt worden, daß die Praktizierung von Verfahren der Schulmedizin stets sorgfaltsgemäß ist und keinen Kunstfehler darstellt. Wird demgegenüber für die Behandlung nach medizinischen Außenseitermethoden und Neulandverfahren als weiteres Merkmal ein sachlicher Grund gefordert, so wird für die Zulässigkeit dieser Therapieformen die Erfüllung zusätzlicher Anforderungen verlangt. Der Arzt hat nachzuweisen, daß für den von ihm eingeschlagenen Behandlungsweg sachliche Gründe sprechen. Mißlingt dieser Nachweis, so wird gegen ihn der Vorwurf eines Kunstfehlers erhoben. Der Nachweis eines sachlichen Grundes läßt sich aber ebenso wenig mit Sicherheit führen wie der Nachweis der Wirksamkeit ärztlicher Behandlungsmethoden³. Selbst wenn ein solcher Nachweis mißlingt, ist es also möglich, daß das von der Schulmedizin abweichende Heilverfahren überzeugende Vorteile aufweist. Deshalb verstößt es gegen den Grundsatz "in dubio pro reo", wenn von dem Arzt als zusätzliches Erfordernis für die Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen verlangt wird, daß hierfür ein sachlicher Grund besteht.

Somit kann festgestellt werden, daß für die Anwendung von Behandlungsmethoden, die von der Schulmedizin abweichen, nicht zusätzlich noch ein sachlicher Grund erforderlich ist.

1) Vgl. oben D I 2 a bb (1) (b) = S. 77ff

2) Vgl. D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

3) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (aa) (aaa) β = S. 146ff

(cc) Abbruch der Behandlung bei Erfolglosigkeit

Die Anhänger medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen treffen besondere Sorgfaltspflichten, wenn sich die Erfolglosigkeit ihrer Therapie im Laufe der Behandlung herausstellt.

(aaa) Nach der Rechtsprechung¹ und der Überwiegenden Auffassung in der Literatur² ist der Arzt zum Abbruch seiner Behandlung und zur Anwendung der Schulmedizin oder zur Überweisung verpflichtet, wenn seine Therapie erfolglos³ bzw. offensichtlich erfolglos⁴ ist. Obwohl dies nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, kommt es für die Feststellung der Erfolglosigkeit einer Behandlung auf deren objektive Erkennbarkeit, nicht aber auf das Urteil des behandelnden Arztes an. Nur so ist nämlich ein hinreichender Schutz für den Patienten gewährleistet.

(bbb) Wie oben aufgezeigt, werden die Grenzen zulässiger ärztlicher Therapie durch die §§ 226 a, 216 StGB bestimmt⁵, der übrige Bereich bleibt dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vorbehalten⁶. Ein sicheres Sittenwidrigkeitssurteil im Sinne des § 226 a StGB⁷ kann jedoch gefällt werden, wenn der außerhalb der Schulmedizin stehende Arzt seine Therapie nicht abbricht, obwohl ihre Erfolglosigkeit

1) RGSt 67, 12, 25 - oben B I 2 = S. 37ff, RGSt 74, 60, 62 - oben B I 4 = S. 40; BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 1 RückS. - oben B I 5 = S. 41; BGH NJW 1960, 2253 r. Sp. oben - oben B I 6 = S. 41f; BGH NJW 1962, 1780, 1782 1. Sp. unten - oben B I 7 = S. 42f; vgl. auch RGSt 50, 37, 39, 40

2) Vgl. die Nachweise bei C I = S. 51

3) Vgl. RGSt 67, 12, 25; BGH LM Nr. 6 zu § 230 StGB Bl. 1 RückS.; BGH NJW 1960, 2253 r. Sp. oben

4) Vgl. RGSt 74, 60, 62; BGH NJW 1962, 1780, 1782 1. Sp. unten

5) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) β = S. 152ff

6) Vgl. D I 2 a bb (1) (a) = S. 76f u.ö.

7) Dazu s.o. D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) β = S. 152ff

objektiv erkennbar geworden ist. In diesem Fall muß andererseits auch ein Sittenwidrigkeitsurteil getroffen werden. Ob die Erfolglosigkeit der Behandlung zudem offensichtlich ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle; die "Offensichtlichkeit" kann nur für den gegen den Arzt zu erhebenden Schuldvorwurf von Bedeutung sein. Wenn der Arzt eine Therapie trotz feststehender Erfolglosigkeit fortsetzt, so muß sein Vorgehen deshalb als sittenwidrig angesehen werden, weil er damit seinen Pflichten als Arzt, seiner Garantenpflicht aus der Behandlungsübernahme im konkreten Fall und dem Interesse des Patienten an der Wiederherstellung seiner Gesundheit eindeutig zuwiderhandelt. Die Fortsetzung einer nach angemessener Frist ergebnislosen Behandlung ist sinnlos. Sie setzt den Kranken den etwaigen Gefahren einer Therapie aus, ohne daß er dafür die Chance einer Heilung erhält. Die Anwendung anderer, möglicherweise wirksamer Behandlungsverfahren wird verzögert. Damit ist die weitere Anwendung einer wirkungslosen Therapie sittenwidrig im Sinne des § 226 a StGB¹. Ein solches Vorgehen des Arztes verstößt auch gegen § 216 StGB², sofern mit der Fortsetzung der erfolglosen Behandlung Lebensgefahr für den Patienten verbunden ist. Der Patient kann jedenfalls dann nicht wirksam in die Gefährdung seines Lebens einwilligen, wenn er dafür nicht die Chance einer Wiederherstellung seiner Gesundheit erlangt. Zudem betrifft eine bereits erfolgte Einwilligung nicht die Weiterbehandlung nach erkennbar gewordener Erfolglosigkeit.

Der Arzt, welcher medizinische Außenseitermethoden oder Neulandbehandlungen praktiziert, handelt also kunstfehlerhaft, wenn er eine Behandlung nicht abbricht, obwohl ihre Erfolglosigkeit objektiv erkennbar geworden ist.

1) Zur Auslegung des Sittenwidrigkeitsmerkmals vgl. auch oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) **β** = S. 152ff

2) Näher oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) **β** = S. 152 ff

(ccc) Um die Erfolglosigkeit der vom Arzt eingeschlagenen Therapie festzustellen, hat der Richter zu klären, ob jeglicher Erfolg der ärztlichen Behandlung binnen angemessener Zeit ausgeblieben ist. Die angemessene Zeit bestimmt sich dabei nach der Schwere, der regelmäßigen Dauer und der spezifischen Eigenart der konkreten Krankheit. Erfolglosigkeit liegt ebenfalls vor, wenn die geringfügige Besserung des Krankheitszustandes auf den eigenen Widerstandskräften des Patienten beruht oder durch ein Abklingen der Krankheit bedingt ist, das von der Behandlung unabhängig ist.

(ddd) Für den Arzt hat die Sorgfaltspflicht, seine Behandlung abubrechen, wenn ihre Erfolglosigkeit objektiv erkennbar geworden ist, noch weitere Auswirkungen: So muß er jederzeit beurteilen können, ob seine Therapie bislang ergebnislos geblieben ist. Er hat zu diesem Zweck den Patienten ständig oder in angemessenen Zeitabständen zu beobachten und ihn gegebenenfalls zu untersuchen¹. Eine Überwachung des Patienten ist sicherzustellen, von vornherein unzulässig ist die Übernahme von Fernbehandlungen². Beobachtungs- und Untersuchungspflicht sind abhängig von Art und Schwere der Erkrankung. Derartige Pflichten haben an sich auch die Vertreter der Schulmedizin, wenngleich bei ihnen beispielsweise Fernbehandlungen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind³. Die Ärzte, die den Regeln der Schulmedizin folgen, brauchen ihre Behandlung aber - soweit keine Kontraindikationen gegeben sind - trotz Erfolglosigkeit nicht abubrechen. Demgegenüber trifft die Anhänger von medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen ein erhöhter Schuldvorwurf, wenn sie die

1) Vgl. auch RG JW 1912, 857

2) Vgl. hierzu RG HRR 1938, 1082 u. oben D II 1 c aa
(3) (a) (cc) = S. 103f

3) Vgl. oben D II 1 c aa (3) (a) (cc) = S. 103f

Erfolglosigkeit ihrer Therapie infolge ungenügender Beobachtung, Untersuchung und Überwachung des Patienten nicht rechtzeitig erkennen und sie deshalb die Behandlung nicht rechtzeitig abbrechen.

(eee) Es fragt sich allerdings, warum Ärzte, die Behandlungsverfahren der Schulmedizin praktizieren¹, nicht ebenfalls verpflichtet sind, ihre Therapie bei Erfolglosigkeit abzubrechen und den Kranken der Anwendung von medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen zuzuführen². Wie im Rahmen dieser Arbeit bereits herausgestellt worden ist, ist die Anwendung von Methoden der Schulmedizin stets sorgfaltsgemäß³. Von den dafür genannten Argumenten ist hier noch einmal hervorzuheben, daß die Schulmedizin bislang in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung bestanden und sich praktisch bewährt hat. Die Anwendung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen andererseits stellt für den Arzt regelmäßig ein größeres und oft nicht überschaubares Wagnis dar⁴. Deshalb treffen den Arzt bei der Praktizierung solcher Behandlungsmethoden zu Recht erhöhte Pflichten. Wendet der Arzt dagegen Verfahren der Schulmedizin an, so ist er aus denselben Gründen auch bei Erfolglosigkeit seiner Therapie nicht verpflichtet, diese zu beenden und auf eine Anwendung von Außenseitermethoden oder Neulandbehandlungen hinzuwirken⁵.

1) Dazu oben D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

2) Vgl. Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 130f; eine solche Verpflichtung nimmt an: Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 90

3) Vgl. oben D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

4) Vgl. oben D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff - insbes. S. 141 S. 156f

5) Vgl. auch Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 131

(fff) Festzuhalten ist somit, daß es bei der Anwendung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen einen Kunstfehler darstellt, wenn der Arzt die Therapie nicht abbricht, obwohl ihre Erfolglosigkeit objektiv erkennbar geworden ist.

(dd) Erfordernis der Erprobung medizinischer Neulandbehandlungen

Kein Bestandteil der Schulmedizin sind auch die Neulandbehandlungen¹. An diese könnten, wie näher darzulegen sein wird, besondere Anforderungen zu stellen sein.

(aaa) Neulandbehandlungen sind jedenfalls alle erstmalig bei Patienten erprobten Methoden. Außerdem sind als neu die Behandlungsmethoden zu qualifizieren, die erst seit kurzer Zeit angewendet werden und über deren Erfolge für eine abschließende wissenschaftliche Beurteilung noch keine hinreichende Zahl gesicherter Ergebnisse vorliegt². Der erst kurzzeitigen Praktizierung einer Therapie steht es dabei gleich, wenn eine Behandlungsmethode zwar schon seit längerer Zeit, aber so vereinzelt angewandt wird, daß deswegen noch keine abschließende Beurteilung möglich ist. Für die Neuheit einer Therapie kommt es nicht darauf an, ob diese vollständig neue Wege beschreitet. So brauchen etwa neu entwickelte Arzneimittel keine unbekannten Wirkstoffe zu enthalten. Neu ist auch die nicht nur geringfügige Weiterentwicklung bekannter Behandlungsmethoden oder deren eigenständige Kombination^{3,4}.

1) Vgl. dazu schon oben A I 1 a = S. 1

2) Vgl. Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 268

3) Ähnlich für die Arzneimitteltherapie: Oelkers, Med. Klin. 66 (1971), 1173f; ders., Ärztl. Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 79

4) Lindenschmidt, Chirurg, 50 (1979), 208, 209ff bildet drei Gruppen von Neulandoperationen

(bbb) An die Vorprüfung von Neulandbehandlungen müssen bestimmte Voraussetzungen gestellt werden, bevor sie beim Patienten angewendet werden dürfen.

Dafür spricht, daß Neulandbehandlungen erhebliche Gefahren für den Patienten mit sich bringen können: Einerseits läßt sich die Nützlichkeit des Neulandverfahrens nicht sicher voraussagen, andererseits ist die Möglichkeit unbekannter Nebenwirkungen nie auszuschließen¹. Die ordnungsgemäße Erprobung von medizinischen Verfahren gehört deshalb zu den objektiven Mindestvoraussetzungen für die ärztliche Therapie. Wendet der Arzt nicht hinreichend erprobte Behandlungsverfahren an, so verstößt er auch gegen seine Garantenpflicht², die Ausdruck einer allgemeinen Fürsorgepflicht des Arztes für seinen Patienten sowohl bei positivem Tun als auch bei Unterlassen ist. Mit der Pflicht zur bestmöglichen Betreuung des Kranken ist es nämlich nicht vereinbar, wenn der Arzt den Patienten einer derartigen Ungewißheit aussetzt, wie sie die Praktizierung einer nicht ausreichend erforschten Therapie kennzeichnet.

(ccc) Die Frage ist indes, wie weit die Erprobung neuer Behandlungsverfahren erfolgt sein muß, damit sie beim Patienten angewandt werden dürfen.

α) Allgemein ist zu fordern, daß die neue Therapie allen dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechenden und anerkannten Prüfungen unterzogen wird³. Bestehen noch keine Prüfungsverfahren oder Untersuchungsmöglichkeiten,

1) Vgl. in diesem Sinne für Arzneimittel: Köster, Haftung des Arztes, S. 71f; Delkers, Ärztl. Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 77

2) Dazu s.o. D I 1 b cc = S. 59f

3) S. auch Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 101

so sind angemessene zu entwickeln. Nimmt ein Arzt z.B. entgegen den wissenschaftlichen Grundsätzen eine Röntgenbestrahlung Übermäßig lange vor, so kann er sich deshalb zur Entkräftung des Kunstfehlervorwurfes nicht darauf berufen, daß er eine neue, noch unerprobte Methode habe anwenden wollen¹. Bei der Erprobung von Neulandverfahren sind die in der Medizin bereits gewonnenen Erkenntnisse sorgfältig zu benutzen, auf ihnen ist aufzubauen². Ihre Grenze findet die pflichtgemäße Erprobung an der Schranke der Zumutbarkeit.

Die Zumutbarkeitsschranke ist davon abhängig, wie neu und wie gefährlich die zu erprobende Behandlungsmethode ist. So sind die Prüfungsanforderungen herabzusetzen, wenn es sich etwa bei Arzneimitteln nur um eine andere Zusammensetzung altbekannter Wirkstoffe handelt. Grundsätzlich gilt, daß eine Erprobung umso gründlicher zu sein hat, je weiter das Neulandverfahren von den herkömmlichen Methoden abweicht und je gefährlicher das Neulandverfahren ist.

ß) Die dargelegten Anforderungen an die Erprobung einer Behandlungsmethode geben nur allgemeine Grundsätze ab, die für die Beurteilung, ob im Einzelfall vor der Anwendung der Methode bei einem Patienten eine hinreichende Erprobung erfolgt ist, keinen festen Maßstab liefern. Es fragt sich daher, ob sich noch konkrete Voraussetzungen für die ordnungsgemäße Überprüfung neuer Therapien aufstellen lassen.

Schon für Arzneimittel ergibt sich, daß sich ihr Erprobungsgang nicht genau normieren läßt. Die fortschreitende Entwicklung der Wissenschaft macht immer modernere

1) Vgl. RG Recht 1908 Nr. 3413

2) Vgl. Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 36 mit Bsp. S. 35f; Grahlmann, Heilbehandlung u. Heilversuch, S. 47

Untersuchungen möglich¹. Zum Teil werden erst die Resultate einer Untersuchung Anlaß zu weiteren Untersuchungen geben. Schließlich sind Unterschiede danach zu machen, welche Art von Wirkstoffen in einem Arzneimittelpräparat enthalten ist: so wird etwa das Vorhandensein bestimmter Substanzen die Notwendigkeit der Prüfung von Unverträglichkeiten (beispielsweise durch Verfahren zur Feststellung eventueller allergischer Reaktionen) besonders nahelegen. Es können also nicht ganz bestimmte Prüfungsstationen gleichsam abgehakt werden². Diese Aussage trifft aber auch auf alle sonstigen Behandlungsmethoden zu. Ihre jeweils spezifische Eigenart ist starren Prüfungskriterien nicht zugänglich. Die Besonderheiten der Immunreaktionen bei Organverpflanzungen sind mit den Problemen neuartiger Herzoperationen nicht vergleichbar; ganz anders liegt wieder die Problematik bei Hirnoperationen, bei denen namentlich die möglichen Einwirkungen auf die menschliche Psyche einer gründlichen Untersuchung bedürfen.

Immerhin könnte zu verlangen sein, daß vor der Anwendung eines neuen Behandlungsverfahrens am Menschen alle Möglichkeiten des Tierexperiments ausgeschöpft sein müßten³. Dem könnte man entgegenhalten, daß die Ergebnisse eines Tierversuchs nicht ohne weiteres auf den Menschen übertragbar sind, sein Wert also unsicher ist⁴. Jedenfalls verringert er aber das Risiko der Anwendung einer neuen

1) Vgl. Kleinsorge Med. Klin. 71 (1976), 1093

2) Kleinsorge Med. Klin. 71 (1976), 1093, 1094; unter Abstellen auf die Vorschriften des alten AMG vgl. auch Oelkers Med. Klin. 66 (1971), 1173, 1174 r. Sp., 1175 1. Sp. oben

3) So: Koeppe Med. Klin. 62 (1967), 1461; vgl. auch Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 39

4) Oelkers, Ärztl. Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 77; Stooß, Chirurgische Operation, S. 81; Wachsmuth, Arzt u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 209, 211f

Therapie beim Menschen ganz erheblich¹, weil er zumindest die Möglichkeit und die Gefahren der Anwendung einer Neulandbehandlung auf den Menschen deutlich machen kann. Regelmäßig dürften daher Tierversuche erforderlich sein. Kunstfehlerhaft war nach diesen Grundsätzen die vor kurzem erfolgte erstmalige Anwendung der chirurgischen Gentherapie beim Menschen, die ohne ausreichende tierexperimentelle Erprobung zur Bekämpfung einer Thalassämie² eingesetzt wurde³. Der Fehlschlag dieser Behandlungsmethode ist dem verantwortlichen Arzt als sorgfaltswidriges und schuldhaftes Verhalten zuzurechnen, denn die wenigen tatsächlich vorgenommenen Tierexperimente hatten keinen Erfolg gezeigt⁴.

Für Arzneimittel könnten sich besondere Anforderungen an ihre Erprobung noch aus dem Arzneimittelgesetz ergeben. Für das allgemeine Strafrecht ist der Vorschrift des § 40 I Nr. 5 AMG als Merkmal einer ordnungsgemäßen Erprobung zu entnehmen, daß das Arzneimittel vor seiner erstmaligen Anwendung am Menschen pharmakologisch-toxikologisch getestet sein muß. In § 96 Nr. 10 AMG ist überdies sogar die Durchführung einer klinischen Arzneimittelprüfung ohne vorheriges pharmakologisch-toxikologisches Testverfahren unter Strafe gestellt worden. Die sonstigen Voraussetzungen des § 40 I AMG, insbesondere Nr. 4, 7, beziehen sich nicht auf Mittel zur Erprobung von Arzneien, sondern auf persönliche Anforderungen an Kenntnisse und

1) Vgl. Kleinsorge Med. Klin. 71 (1976), 1093, 1107 für Arzneimittel

2) Thalassämie: Erblich bedingte Blutkrankheit, bei der durch einen genetischen Defekt die Funktion der am Sauerstofftransport der roten Blutkörperchen beteiligten Globin-Eiweißmoleküle mehr oder weniger beeinträchtigt ist, vgl. FAZ Nr. 264 v. 12.11.1980, S. 31

3) Vgl. den Bericht der FAZ aaO.

4) Vgl. FAZ aaO.

Fähigkeiten der prüfenden Ärzte¹.

Streitig ist, ob ein Arzneimittel im Stadium seiner Erprobung - also vor seiner abschließenden wissenschaftlichen Bewertung² - einem kontrollierten klinischen Versuch am Menschen unterzogen werden muß³. Angesichts dieser Kontroverse im medizinisch-juristischen Schrifttum und mangels eines ausdrücklichen gesetzlichen Gebots der kontrollierten klinischen Prüfung⁴ kann dies vom allgemeinen Strafrecht jedenfalls nicht als unverzichtbare Voraussetzung verlangt werden. Es läßt sich nur generell sagen, daß das der Anwendung eines neuen Arzneimittels vorangehende Testverfahren so geartet sein sollte, daß es möglichst klar und deutlich zeigt, wie sich das Produkt in der späteren praktischen Anwendung verhalten wird⁵.

Bestimmte einzelne Voraussetzungen der Erprobung von Neulandverfahren lassen sich also derzeit kaum aufstellen; das ändert aber nichts an der Verpflichtung zu grundsätzlich umfassender Vorprüfung.

(ddd) Von entscheidender Bedeutung ist weiterhin, wie das Ergebnis der Erprobung einer neuen Therapie aussehen muß,

1) Vgl. oben bei Sachkunde D II 1 c bb (1) (c) (bb)
(bbb) = S. 121f

2) Vgl. dazu vorstehend bei (aaa) = S. 170

3) Dafür: Gross Dt. Ärztebl. 1979, 1091, 1097ff; Hasskarl Dt. Ärztebl. 1979, 161, 166; ders. Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1152; - dagegen: Fincke Dt. Ärztebl. 1979, 1337, 1338; Hammans Dt. Ärztebl. 1978, 2608, 2609, 2612; Kienle, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1976, 252, 256 - vgl. auch Koeppe Med. Klin. 62 (1967), 1461, 1462, 1463

4) AA ohne Überzeugende Begründung Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1152

5) Plagemann JZ 1979, 257

damit deren spätere Anwendung nicht als kunstfehlerhaft zu beurteilen ist.

In Übereinstimmung mit der für die klinische Prüfung von Arzneimitteln geschaffenen Regelung des § 41 Nr. 1 AMG könnte man darauf abstellen, ob die Anwendung des Neulandverfahrens nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist. Der Stand der medizinischen Wissenschaft ist aber kein tauglicher Maßstab für die strafrechtliche Überprüfung der Therapiewahl des Arztes¹, insoweit gilt für Neulandverfahren nichts anderes. Unberührt davon bleibt die spezielle Strafvorschrift des § 96 Nr. 10 AMG.

Eine Auffassung in der Literatur steht auf dem Standpunkt, bei der Anwendung einer neuen Behandlungsmethode müsse die berechtigte Erwartung bestehen, diese Therapie sei besser oder sogar erheblich besser als die bisher praktizierten Verfahren², es wird also eine positive Wahrscheinlichkeitsprognose gefordert³. Dieser Meinung ist aber bereits oben⁴ entgegengetreten worden.

Andere Vertreter des Schrifttums fordern in der Phase der klinischen Erprobung eines neuen Behandlungsverfahrens dessen Bestätigung durch signifikante Statistiken⁵. Wieder andere sehen es als Voraussetzung eines Neulandschrittes an, daß nach dem wissenschaftlichen Plan seine Vorteile und Gefahren wohl gegeneinander abgewogen sind und in einem verantwortbaren Verhältnis zueinander stehen⁶.

1) Vgl. oben D I 2 a aa (2) = S. 72ff

2) Vgl. die Nachweise oben C II 2 = S. 52

3) Vgl. oben aaO.

4) Vgl. D I 2 a bb (2) = S. 80 iVm (1) = S. 76ff

5) Wachsmuth, Arzt u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 209, 212 für Operationen

6) Laufs NJW 1981, 1289, 1293

Eine weitere Ansicht verlangt, daß das neue Behandlungsverfahren für den bestimmten Zweck dienlich sein müsse¹, darüber hinaus dürfe es zum mindesten keinen schlechteren Erfolg aufweisen als die für die konkrete Erkrankung bereits erprobten Heilmethoden².

Abzulehnen ist jedenfalls ein Methodenvergleich in der von der zuletzt dargestellten Meinung geforderten Form. Hier wird nämlich für die Zulässigkeit einer Therapiewahl ein verbindlicher Erfolgsvergleich zwischen den herkömmlichen Behandlungsmöglichkeiten und der neuen Therapie verlangt, denn diese darf "keinen schlechteren Erfolg" haben. Ein derartiger Methodenvergleich ist aber nicht Aufgabe des Strafrichters³. Die Formel von der "Dienlichkeit" des neuen Behandlungsverfahrens bzw. ihrer Bestätigung durch signifikante Statistiken läuft auf einen Wirksamkeitsnachweis hinaus⁴. Ein solcher ist für die ärztliche Therapie aber regelmäßig nicht zu führen⁵. Auch Neulandverfahren machen hiervon keine Ausnahme. Schließlich ist auch der Meinung nicht zu folgen, die eine Abgewogenheit der Vorteile und Gefahren des Neulandschrittes verlangt, denn diese Formulierung ist für die praktische Rechtsanwendung zu wenig konkret.

1) Gebauer, Zulässigkeit ärztlicher Experimente, S. 38; Goller, Ärztlicher Heileingriff, S. 30f

2) Gebauer, Goller aaO.

3) Vgl. dazu oben D I 2 a bb (1) (b) = S. 77ff

4) Zur Diskussion im Arzneimittelrecht - für Wirksamkeitsnachweis: Aschenbrenner Dt. Ärztebl. 1975, 671, 675; Herken/Kewitz Dt. Ärztebl. 1977, 2235; Sewing Dt. Ärztebl. 1978, 2281, 2282 - vgl. auch Hasskarl Dt. Ärztebl. 1978, 1087, 1150, 1152; gegen Wirksamkeitsnachweis: Aktionsgem. für Therapiefreiheit Berl. Ärztebl. 1975, 21; Hensel/Kienle Dt. Ärztebl. 1977, 1817; Kienle, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1976, 252, 254-256; vgl. auch Fiebig Dt. Ärztebl. 1978, 1265, 1266

5) Vgl. oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (aaa) β = S. 146ff

Wie bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen generell, kommt es vielmehr maßgeblich darauf an, ob der Heilerfolg der neuen Methode ausgeschlossen ist¹. Daneben muß ihre Unbedenklichkeit feststehen. Das bedeutet, daß bei bestimmungsgemäßer Anwendung der Methode keine unangemessenen schädlichen Wirkungen zu erwarten sein dürfen².

Bei neuen Behandlungsmethoden heißt der Maßstab "nicht ausgeschlossen", daß ein Überwiegen der positiven Resultate gegenüber den negativen Auswirkungen der Therapie nicht ausgeschlossen ist. Der Strafrichter darf nach Anhörung von Sachverständigen nicht zu der Überzeugung (§ 261 StPO) gelangen, daß etwaige Erfolge der Erprobung des Behandlungsverfahrens auf reinem Zufall oder Placebo-Effekten (Scheinwirkungen) beruhen.

Der vorgenommenen Konkretisierung des allgemeinen Maßstabs liegt die Erwägung zugrunde, daß der Arzt die Grenze zum medizinischen Experiment⁴ überschreitet, wenn er eine Behandlungsmethode anwendet, bei der im Hinblick auf die Heilung des einzelnen Patienten ein Überwiegen der positiven Resultate über die negativen Auswirkungen ausgeschlossen ist. In solchen Fällen steht nämlich eindeutig das Forschungsinteresse des Arztes im Vordergrund⁵, das für das medizinische Experiment charakteristisch ist. Das medizinische Experiment aber ist nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig und folgt seinen eigenen Regeln.

1) Dazu s.o. D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) = S. 151ff

2) Vgl. auch die Formulierungen der Vorschrift des § 5 AMG

3) Vgl. oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) = S. 151ff

4) Dazu oben A II 1 a = S. 24ff insbes. unter ff = S. 28ff

5) Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß beim Experiment ein Überwiegen der positiven Resultate über die negativen Auswirkungen stets ausgeschlossen ist.

Die entwickelten Kriterien sind auch mit dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Patienten vereinbar, denn sie beachten den Rechtsgrundsatz des "summa non nocere"¹. Im zivilrechtlichen Schadensersatzprozeß mag allerdings eine Umkehr der Beweislast erwägenswert sein, wenn sich der therapeutische Wert des neuen Behandlungsverfahrens nicht als wahrscheinlich nachweisen läßt. Das sanktionsbewehrte Strafrecht verlangt demgegenüber zwingend Tatbestandsbestimmtheit, Art. 103 II GG. Erfafßt werden darf nur eindeutig strafwürdiges Unrecht. Dementsprechend sind hier auch die Grenzlinien gezogen worden. Diese mögen aus rechtspolitischer und kriminalpolitischer Sicht unbefriedigend sein, weil sie keinen umfassenden Schutz des Kranken durch entsprechende Anforderungen an die ärztliche Therapie gewährleisten, dem Arzt aber einen Beurteilungsspielraum zubilligen, der strafrechtliche Sanktionen auf einen relativ engen Bereich beschränkt. Die angeführten kriminal- und rechtspolitischen Erwägungen begründen jedoch für sich noch keine Strafbarkeit. Vielmehr hat der Gesetzgeber spezielle Verhaltens- und Strafnormen für den Arzt zu erlassen, wenn er das - für die ärztliche Therapie allgemein und insbesondere für Neulandverfahren - zum Schutz des Patienten für erforderlich hält².

Nach geltendem Strafrecht muß es bei den entwickelten engen Kriterien bleiben.

(eee) Zweifelhaft kann allerdings sein, ob die aufgestellten Anforderungen an die Erprobung eines Neulandverfahrens schlechthin zwingend sind oder ob Ausnahmen allgemein, für

1) Vgl. Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 41; Stooß, Chirurgische Operation, S. 50f

2) Zu diesem Aspekt bereits oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (aaa) β aE = S. 150f

bestimmte Krankheiten oder für sog. Moribunde (Sterbende) anzuerkennen sind. Die Zweifelsfragen betreffen den Zeitpunkt der frühest zulässigen Anwendung eines Neulandverfahrens¹.

α) Grundsätzlich ist die Anwendung einer neuen Therapie vor ihrer vollständigen Erprobung unzulässig². Das gilt namentlich bei akuten Krankheiten mit gesicherter Heilungschance durch die Schulmedizin; hier läßt der Schutz der körperlichen Integrität des Patienten keine Einschränkung zu. Solange die Praktizierung einer neuen Behandlungsmethode, die sich noch im Stadium der Erprobung befindet, im Interesse des Patienten nicht unabweislich geboten ist³, darf sie vom Arzt selbst dann nicht angewendet werden, wenn der Kranke hierin einwilligt. Es ist nämlich eindeutig sittenwidrig, wenn der Arzt den Patienten ohne Notwendigkeit der Ungewißheit der Anwendung eines nicht hinreichend erprobten Neulandverfahrens aussetzt, das zu nicht übersehbaren Folgewirkungen für den Patienten führen kann. Ein solches Vorgehen des Arztes verstößt deshalb gegen § 226 a StGB. Es ist auch mit der Garantenpflicht des Arztes und dementsprechend mit seiner Fürsorgepflicht für den Kranken nicht vereinbar, die ihn zur bestmöglichen Betreuung des Patienten verpflichten. Damit trifft den Arzt ebenfalls die Pflicht, keine vermeidbaren Gefährdungen des Kranken - wie die Anwendung nicht ausreichend erforschter Behandlungsmethoden - zu bewirken.

1) Giesen, Haftung des Arztes, S. 19ff differenziert hier überhaupt nicht

2) Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 30; Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 209, 211f

3) Dazu nachstehend unter β = S. 181

ß) Anders ist es nur dann, wenn zur Rettung oder Heilung des Patienten ein neues Verfahren dringend erforderlich ist, weil sonstige Methoden keine Heilungschancen bieten. In einem solchen Fall können unerprobte bzw. nicht hinreichend erprobte Neulandbehandlungen bei besonders schweren Krankheiten und Moribunden zulässig sein¹. Maßgeblich dafür ist eine Abwägung im Einzelfall. Grundsätzlich müssen dabei die Möglichkeiten der Erprobung umso mehr ausgeschöpft sein, je weniger dringend das Interesse des Patienten an kurzfristiger Anwendung der neuen Therapie ist. Als Interessen des Patienten kommen namentlich die Erhaltung seines Lebens, die Beseitigung von Schmerzen oder unerträglichen Behinderungen (etwa Lähmung) in Betracht. Zulässig ist die Anwendung der neuen Behandlungsmethode jedenfalls dann, wenn sie die letzte und einzige Chance für den Kranken darstellt²; dabei muß lediglich die Prognose gestellt werden können, daß der Heilerfolg zumindest nicht ausgeschlossen ist³.

Nach den angeführten Kriterien durfte beispielsweise der berühmte Chirurg Billroth erstmalig eine Magenresektion vornehmen⁴, nachdem er zuvor durch seine Assistenten 26 Tierversuche hatte durchführen lassen⁵.

1) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 30; Köster, Haftung des Arztes, S. 109; Stooß, Chirurgische Operation, S. 50f mit Bspen; Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 209, 212

2) Vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 101; Brendel, Organtransplantation, S. 68; Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1324, 1341; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 19, 20; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 135; Korthals, Organtransplantation, S. 12, 13; Köster, Haftung des Arztes, S. 71-73; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 35 zu § 223

3) Dazu vorstehend unter (ddd) = S. 175ff

4) Dazu Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 39; Stooß, Chirurgische Operation, S. 50

5) Insoweit vgl. Gebauer aaO.

(fff) Für die Neulandbehandlungen kann zusammenfassend festgestellt werden, daß ihnen regelmäßig eine umfassende Erprobung voranzugehen hat. Bei dieser Erprobung darf ein Überwiegen der positiven Resultate gegenüber den negativen Auswirkungen der Therapie nicht ausgeschlossen sein. Vor Abschluß der Erprobung ist die Anwendung des Neulandverfahrens nur in Notfällen unter Abwägung aller erheblichen Gesichtspunkte zulässig.

(ee) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen Ziel und Gefahren der praktizierten medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung

Für medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen¹ könnte weiter zu verlangen sein, daß das praktizierte Verfahren nicht unangemessen risikoreich ist. Ein solcher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in der Literatur fast allgemein aufgestellt². Teilweise wird die Güterabwägung zwischen Ziel und Gefahren der Therapie allerdings schon generell in den Begriff der korrekten Heilbehandlung einbezogen³. Für eine Therapie im Einklang mit den Grundsätzen der Schulmedizin erscheint eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedoch entbehrlich. Unangemessen gefährliche Behandlungs-

1) Dazu ausführlich vorstehend unter (dd) = S. 170ff

2) Vgl. Bauer, Chirurg, 1967, 245, 247, 250; Beling ZStW 44 (1924), 220, 240; v. Bubnoff GA 68, 65, 69, 70 - insbes. S. 77f; Deutsch VersR 1977, 101, 102; ders., Medizin u. Forschung, S. 46f; ders. NJW 1976, 2289, 2290f unter II 4; Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 37; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 13, 31; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 116, 131f; Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18, 23-26; Korthals, Organtransplantation, S. 33f, 59; Köster, Haftung des Arztes, S. 108f; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3419, 3489, 3493; Stooß, Chirurgische Operation, S. 53, 54

3) Engisch MSchrKrimBiol. 1939, 414, 416, 417

methoden werden sich in der Regel schon nicht unter die Definition des Begriffes Schulmedizin¹ subsumieren lassen. Zudem muß der Arzt in seinem Vertrauen darauf geschützt werden, daß ein Vorgehen nach den Regeln der Schulmedizin stets sorgfaltsgemäß ist². Stellt sich im Verlaufe der Fortentwicklung der Wissenschaft doch heraus, daß die schulgemäße Behandlung unangemessen gefährlich ist, so wird sie von diesem Zeitpunkt an nicht mehr der Schulmedizin zuzurechnen sein. Der Arzt, der zuvor entsprechende therapeutische Maßnahmen angewendet hat, hat damit aber keinen Kunstfehler begangen: sein Verhalten entspricht vielmehr der im Verkehr objektiv erforderlichen Sorgfalt³. - Der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Methodenwahl des Schulmediziners bedarf es auch dann nicht, wenn die Schulmedizin im Einzelfall wegen übermäßiger Gefahren für den Patienten bereits von sich aus eine Kontraindikation anzunehmen hat. Hier wird der Kunstfehler des Arztes regelmäßig schon in seiner fehlenden Sachkunde⁴ oder in der fehlenden folgerichtigen Durchführung seiner Therapie⁵ zu erblicken sein. Jedenfalls handelt er nicht mehr im Einklang mit den Grundsätzen der Schulmedizin, wenn er eine an sich schulgemäße Behandlungsmethode trotz vorhandener Kontraindikationen anwendet oder sie anwendet, obwohl die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht (bzw. im jetzigen Krankheitsstadium noch nicht) vorliegen. Insoweit kommt dann der nachstehend zu entwickelnde Verhältnismäßigkeitsgrundsatz voll zum Tragen.

Bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen ist es dagegen zum Schutze des Patienten stets

1) S.O. D I 2 a aa (1) (a) (bb) = S. 69ff

2) Dazu s.o. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff
u. D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

3) S. dazu oben A I 2 b cc (2) = S. 20

4) Dazu s.o. D II 1 c bb (1) = S. 109ff

5) Dazu s.o. D II 1 c bb (1) = S. 133f

notwendig, die Methode selbst anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überprüfen. Dies gilt umso mehr, als die moderne Medizin häufig ungeahnte Folgewirkungen nach sich zieht¹.

(bbb) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird dann nicht mehr gewahrt, wenn das eingegangene Risiko unangemessen gegenüber den Gefahren ist, die abgewendet werden sollen. Eine solche Unangemessenheit ist im allgemeinen zu bejahen, wenn das mit der eingeschlagenen Therapie und ihren Nebenwirkungen verknüpfte Risiko das Krankheitsrisiko übersteigt². Dagegen ist das Risiko nicht an dem Wert bzw. den Erfolgsquoten sonstiger Behandlungsmethoden zu messen, die im jeweiligen Krankheitsstadium weiter in Betracht zu ziehen sind. Für eine strafrechtliche Beurteilung hat, wie bereits dargelegt³, eine verbindliche Methodenentscheidung zwischen verschiedenen Heilverfahren zu unterbleiben. Der dafür erforderliche Methodenvergleich kann mithin kein wesentliches Kriterium dafür sein, ob gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen worden ist.

Die entscheidende Frage ist somit, nach welchen Maßstäben sich beurteilt, ob das eingegangene Risiko das Krankheitsrisiko übersteigt. Grundsätzlich gilt, daß die durch eine Therapie verursachten Gefahren und bleibenden negativen Auswirkungen umso größer sein dürfen, je schwerer die möglichen Folgen einer Erkrankung für den Patienten wiegen (etwa Lebensgefahr) und je weiter die Erkrankung fortgeschritten ist⁴. Hiernach darf beispielsweise eine

1) Vgl. Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 209, 210

2) Köster, Haftung des Arztes, S. 108f

3) Vgl. oben D I 2 a bb (1) (b) = S. 77ff

4) Vgl. Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18, 25; Köster, Haftung des Arztes, S. 109

Lungenteilresektion¹ bei einem Lungenabzeß in der Regel erst vorgenommen werden, wenn trotz sachgerechter Lagerung, Thoraxklopfmassage und Antibiotikatherapie eine eiternde Höhle bestehen bleibt, insbesondere ein zerfallendes Karzinom nicht auszuschließen ist². Leidet der Patient an Entzündungsvorgängen oder allergischen Reaktionen im Kehlkopf oder seiner Umgebung, die zu Atemnot und Erstickungsgefahren führen, darf der Arzt eine Tracheotomie³ in der Regel erst anwenden, wenn einerseits die Behandlung der bekannten Grundursache durch Calcium in Verbindung mit Cortison usw.⁴ keine Wirkungen zeitigt und andererseits auch eine endotracheale Intubation⁵ zu keiner Besserung führt⁶. Beim Morbus Winiwarter Buerger (endangiitis obliterans)⁷ darf eine Amputation nur der letzte Ausweg sein⁸. In der Rechtsprechung ist eine übermäßige Behandlung, ein Kunstfehler, angenommen worden, wenn der Arzt bei der Strümpell-Bechterewschen Erkrankung⁹ eine Hüftgelenksversteifung vornimmt, obwohl die vorhandenen

1) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 503 - Stichwort Resektion: operative Entfernung kranker oder defekter Teile eines Organs oder Körperteils

2) Herzog in Gross/Schölmerich, Innere Medizin, S. 472

3) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 582 - Stichwort Tracheotomie: "Luftröhrenschnitt", operative Eröffnung der Luftröhre

4) Genauer Herzog in Gross/Schölmerich aaO.

5) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 279 - Stichwort Intubation: Einführung einer Röhre aus Metall, Gummi oder Plastik vom Mund aus in den Kehlkopf, S. 165 - Stichwort endotracheal: durch die Luftröhre nach innen

6) Vgl. Bauer, Lehrbuch der Chirurgie, S. 427

7) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 163 - Stichwort endangiitis obliterans: Entzündliche Erkrankung der inneren Gefäßwandschichten, bei der es zu Gewebsveränderungen und damit zu schweren Durchblutungsstörungen kommt

8) Vgl. Moeschlin, Innere Medizin, S. 174f

9) W. Müller in G. Riecker (Hrsg.), Therapie innerer Krankheiten, S. 403: Morbus Bechterew - Genetisch verankerte, entzündlich-rheumatische Erkrankung, die vor allem die Iliosacralgelenke und die Wirbelsäule betrifft

Beschwerden und Schmerzen des Patienten durch eine intensive Behandlung mit anti-rheumatischen und sonstigen Medikamenten, durch Krankengymnastik, durch Balneotherapie und durch die rechtzeitige Fokussuche und -behandlung hätten gelindert oder sogar beseitigt werden können¹. Anders dürfte hier zu entscheiden sein, wenn der Kranke an Knochentuberkulose oder einer vergleichbaren Krankheit leidet².

Eine Übermäßige Behandlung ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil sie für den Patienten lebensgefährlich ist. Bei lebensgefährlichen Erkrankungen dürfen die Gefahren der ärztlichen Maßnahme die Gefahren der behandelten Krankheit aber nicht übersteigen. Das Risiko für das Leben des Kranken darf bei Vornahme der ärztlichen Maßnahme nicht größer sein als bei ihrem Unterbleiben. So müssen vor einer Herztransplantation alle sonstigen therapeutischen Möglichkeiten ausgeschöpft sein. Bei nicht lebensgefährlichen Erkrankungen darf eine lebensgefährliche Behandlung nur gewählt werden, wenn das mit ihr verbundene Risiko im Interesse des Patienten dennoch hingenommen werden kann. Dafür ist eine Gesamtabwägung erforderlich. Bei dieser sind die Wahrscheinlichkeit des Heilerfolges, die Höhe des Risikos, die Art der Erkrankung bzw. körperlichen Behinderung und die persönlichen Umstände des Patienten zu berücksichtigen. Danach darf etwa bei Methoden zur Bekämpfung von Lähmungen oder dauernden und unerträglichen Schmerzzuständen eine erhebliche Lebensgefahr in Kauf genommen werden. Demgegenüber erlauben es leichtere Erkrankungen nicht, ein solches Risiko einzugehen. Nicht ohne Bedeutung ist es, wenn eine

1) Vgl. BGH VersR 1970, 256, 257 (ZR), zu dieser Entscheidung auch Deutsch VersR 1977, 101, 102

2) Deutsch aaO.

Behandlung für die Erhaltung der Berufsfähigkeit des Kranken unbedingt erforderlich ist (Operation zur Beseitigung einer andauernden Heiserkeit bei einem Sänger)¹.

Für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommt es auch auf die möglichen Folgewirkungen einer Therapie an. Beispielsweise dürfen Warzenerkrankungen nicht mit hochwirksamen Strahlendosen behandelt werden, die schwere Schäden nach sich ziehen können.

Die normalen Gefahren jeder Therapie, die auch bei schulgemäßigem Vorgehen vorhanden sind, müssen stets hingenommen werden. Das gilt für die Gefahr einer Embolie bei einem operativen Eingriff ebenso wie für die Möglichkeit einer allergischen Reaktion bei der Anwendung von Antibiotika².

Eine Übermäßige Behandlung ist schließlich auch nicht allein deshalb anzunehmen, weil eine bestimmte Behandlung nur selten gelingt. Bei lebensgefährlichen Erkrankungen ist allerdings ein selten gelingender und risikoreicher Eingriff nur rechtmäßig, wenn er die einzige Chance für den Patienten darstellt³ und nicht zu einer bloßen Verlängerung des Sterbens führt⁴. Als Beispiel sind hier wieder Organverpflanzungen wie Herz- und Leberverpflanzungen zu nennen, die bislang nur wenige längerfristige Erfolge erzielt haben. Handelt es sich nicht um eine lebensgefährliche Krankheit, so hängt die Zulässigkeit einer selten gelingenden ärztlichen Maßnahme wieder von einer Gesamt abwägung aller Umstände ab.

1) Vgl. Stooß, Chirurgische Operation, S. 54

2) Vgl. Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18, 25

3) Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18, 25;
Stooß, Chirurgische Operation, S. 54

4) Bauer, Chirurg, 67, 245, 247; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 131

(ccc) Der eben näher beschriebene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bedarf noch einer dogmatischen Begründung.

✓) Diese ist zunächst in den §§ 226 a, 216 StGB zu finden¹. Liegt offenbar ein Mißverhältnis zwischen Ziel und Gefahren der angewendeten Therapie vor, so kann ein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil im Sinne des § 226 a StGB gefällt werden². Der Arzt, der eine unangemessen gefährliche Behandlungsmethode wählt, handelt nämlich offensichtlich gegen die Interessen seines Patienten. Daran kann auch die Einwilligung des Kranken nichts ändern, denn diese ist bei § 226 a StGB unbeachtlich. Der Patient erwartet vom Arzt die Wiederherstellung seiner Gesundheit. Damit ist es keinesfalls vereinbar, wenn der Arzt ihn Risiken aussetzt, die die Gefahren seiner Krankheit übersteigen. Dieses Nutzen-Risiko-Verhältnis bei der Behandlung eines kranken, hilfsbedürftigen Menschen muß als sittenwidrig qualifiziert werden. Der Arzt verstößt auch gegen seine Garantenpflicht, den Patienten bestmöglich zu betreuen, wenn er eine unangemessen gefährliche Therapie anwendet. Denn die Garantenpflicht des Arztes ist Ausdruck seiner umfassenden Fürsorgepflicht für den Patienten, die ihn sowohl bei positivem Tun als auch bei einem Unterlassen trifft. Lebensgefährliche ärztliche Verfahren lassen sich bei Unangemessenheit des Risikos zudem mit § 216 StGB nicht vereinbaren, der eine Verfügbarkeit des Rechtsgutes Leben ausschließt³. Wird die Lebensgefahr, die sich aus der Anwendung einer bestimmten Behandlung ergibt, nicht durch eine dem Risiko zumindest entsprechende Heilungschance für den Patienten

1) Vgl. für Organtransplantation: Korthals, Organtransplantation, S. 33f; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335, 3419, 3489, 3493; bei Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 13 fällt bei Bezugnahme auf die hier angeschnittene Problematik der Begriff "sittenwidrig"

2) Dazu vgl. oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) β = S.152ff

3) Vgl. oben aaO.

ausgeglichen, so läßt sich die Gefährdung seines Lebens nicht mehr legitimieren. In das Übermaß an Lebensgefahr kann der Kranke daher nach § 216 StGB nicht wirksam einwilligen.

Für den entwickelten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spricht schließlich die Wertung, die der Gesetzgeber in §§ 5, 25 II Nr. 5 und § 39 II Nr. 4 des neuen Arzneimittelgesetzes getroffen hat¹. Danach dürfen keine Arzneimittel in den Verkehr gebracht werden, bei denen nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, daß sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen². Hier ist also schon gesetzlich eine Güterabwägung vorgeschrieben, wonach Arzneimittel nicht für den Verkehr zugelassen werden dürfen, wenn der begründete Verdacht besteht, daß sie unvertretbar gefährlich sind. Steht bei Arzneimitteln ein unvertretbares Maß an Gefahr sogar fest, dann ist es nur konsequent, wenn ihre dennoch erfolgte Anwendung als objektiver Sorgfaltsverstoß, als Kunstfehler des Arztes, beurteilt wird. Das gleiche gilt für alle sonstigen Therapiemöglichkeiten, da insoweit keine bedeutsamen Unterschiede bestehen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwischen Ziel und Gefahren der medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung läßt sich also dogmatisch vielfach begründen.

ß) Es fragt sich allerdings, wie sich dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu der sog. Lehre vom erlaubten Risiko

1) Ein Verstoß gegen § 5 AMG erfüllt zusätzlich den Straftatbestand des § 95 I Nr. 1 AMG

2) Zu dieser Regelung vgl. auch schon oben D II 1 c cc (2) (b) (dd) (odo) = S. 178 mit Fußn. 2

verhält. Die Lehre vom erlaubten Risiko geht dahin, daß bestimmte gefährliche und für geschützte Rechtsgüter möglicherweise schädigende Handlungen dennoch erlaubt sind, weil sie im Hinblick auf Subjekt, Ziel und Mittel für das soziale Zusammenleben unentbehrlich sind¹. Sie wird auf allen Stufen des Verbrechensaufbaus eingeordnet, Überwiegend aber als spezieller Rechtfertigungsgrund².

In der Literatur wird auch riskantes ärztliches Handeln der Lehre vom erlaubten Risiko zugeordnet^{3,4}. Als Beispielfälle werden namentlich riskante ärztliche Eingriffe genannt⁵. Bei der Verdeutlichung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist aber dargelegt worden, daß der Arzt bei seiner Behandlung stets ein Übermaß an Gefahren zu vermeiden hat. Daraus ergibt sich der Unterschied zwischen dem Anwendungsbereich der Lehre vom erlaubten Risiko und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Solange der Arzt sich im Rahmen des erlaubten Risikos hält, verstößt er nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz greift erst ein, wenn der Arzt über das "Erlaubte" hinaus unangemessene Gefahren eingeht. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt also das erlaubte Risiko. Erst wenn er diese Grenze überschreitet, begeht der Arzt einen Kunstfehler.

1) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 222f - mit Darstellung auch der Gegenmeinung auf S. 223; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allg. Teil, § 36 = S. 322ff; Korthals, Organtransplantation, S. 33; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT - Teilband 2, § 44 I B = S. 105; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 8/78 u. 9/30

2) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 222

3) Jescheck aaO. S. 323; Korthals aaO.; Schmidhäuser aaO. 9/30

4) Kritisch: Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 226ff

5) Vgl. Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 134f; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 97; Korthals, Organtransplantation, S. 33f, 59f

(ddd) Insgesamt ist festzustellen, daß es für medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen unverzichtbar ist, eine Abwägung zwischen Ziel und Gefahren der Therapie vorzunehmen; dabei darf die Therapie nicht unangemessen risikoreich sein.

(ff) Überzeugung des Arztes vom Wert der medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung

(aaa) Neben den dargelegten Kriterien zur Überprüfung der Methodenwahl des Arztes wird als objektiver Sorgfaltsmaßstab schließlich ein subjektives Erfordernis herausgestellt: die Überzeugung des Arztes vom Wert seiner Therapie¹.

Unzweifelhaft ist, daß der Arzt stets Heilwillen haben muß², denn sonst wird die Grenze zum medizinischen Experiment überschritten³. Unzweifelhaft ist auch, daß das ärztliche Gewissen - namentlich bei Neulandbehandlungen - stets dem des forschenden Prüfers vorgehen muß⁴. Für die Annahme einer Heilbehandlung ist nämlich Voraussetzung, daß für den Arzt die Heilung des Patienten, nicht aber der Fortschritt der Wissenschaft im Vordergrund steht⁵.

Seine persönliche Überzeugung kann den Arzt allerdings nicht zwingen, von der Schulmedizin abzuweichen. Das ergibt sich bereits aus den oben (S. 140f) gemachten Ausführungen.

1) Vgl. RGSt 64, 263, 268, 270 - oben B I 1 = S. 36f B II 1 = S. 44 u. die Nachw. zu der Rspr. folgenden Literatur - oben C I = S. 51; vgl. insoweit nur Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 136

2) Vgl. Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 48 zu § 223

3) Dazu s.o. A II 1 = S. 24ff, insbes. a ff = S. 28ff

4) Vgl. Kohlhaas MMW 64, 2281, 2286

5) Dazu vgl. oben A II 1 a ff = S. 28ff

Das Erfordernis persönlicher Überzeugung bedarf demnach nur einer Konkretisierung für die medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen. Überzeugung bedeutet insoweit, daß der Arzt sich im Einklang mit seinem Gewissen eine feste Meinung über die zu wählende Behandlungsmethode gebildet hat. Wenn es mehrere Möglichkeiten der Therapie gibt, muß der Arzt von der Wirksamkeit und vom höheren oder zumindest gleichen Wert der von ihm praktizierten Überzeugt sein. Anderenfalls muß er davon Überzeugt sein, daß die eingeschlagene Methode die letzte Möglichkeit zur Heilung des Kranken ist und Handeln besser als Nichthandeln ist. Fehlt die Überzeugung des Arztes, so ist sein Vorgehen als Experiment¹ zu qualifizieren, denn die medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen haben nicht wie die Schulmedizin im Strafprozeß die unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich².

(bbb) Herzuleiten ist das Erfordernis der persönlichen Überzeugung des Arztes bei Anwendung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen wiederum aus §§ 226 a, 216 StGB³. Wendet der Arzt diese Heilmethoden an, so setzt er den Patienten in der Regel einem größeren Risiko aus als bei der Praktizierung von Verfahren der Schulmedizin: zumeist wird es hier an einem der Schulmedizin vergleichbaren Erfahrungsschatz und an einer vergleichbaren wissenschaftlichen Diskussion fehlen⁴, welche die Vor- und Nachteile der Behandlungsmethode deutlich und ihre Anwendung dadurch sicherer machen. Die medizinischen

1) Dazu s.o. A II 1 = S. 24ff, insbes. a ff = S. 28ff

2) Dazu s.o. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff
u. D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

3) Vgl. dazu namentlich oben D II 1 c cc (2) (b) (aa)
(bbb) = S. 152ff

4) Dazu s.o. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff
u. D II 1 c cc (2) (a) (bb) = S. 140f

Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen haben deshalb im Strafprozeß auch nicht die unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich¹. Sie bedürfen vielmehr neben der Erfüllung der bereits angeführten² objektiven Mindestvoraussetzungen und der Zustimmung des ausreichend aufgeklärten Patienten einer zusätzlichen Legitimation. Diese liegt in der Überzeugung des Arztes vom Wert seiner Therapie. Setzt der Arzt den Patienten ohne entsprechende Überzeugung den aufgezeigten besonderen Gefahren einer medizinischen Außenseitermethode oder Neulandbehandlung aus, obwohl er ebenso gut ein Verfahren der Schulmedizin hätte praktizieren können, so handelt er aus diesem Grunde sittenwidrig im Sinne des § 226 a StGB. Ist die Behandlung darüber hinaus mit Lebensgefahr verbunden, so verstößt sie außerdem gegen § 216 StGB. Der Patient kann nur dann wirksam in die mit einer Therapie verbundene Lebensgefahr einwilligen, wenn er dadurch zumindest eine entsprechende Heilungschance erlangt. Geht der Arzt das ohnehin regelmäßig höhere Risiko der Praktizierung einer medizinischen Außenseitermethode oder Neulandbehandlung ein, obwohl er von ihrer Überlegenheit oder ihrem zumindest gleichen Wert im Verhältnis zu den Verfahren der Schulmedizin nicht überzeugt ist, läßt sich die mit der Therapie verbundene Lebensgefahr nicht mehr legitimieren. Lebensgefahren darf der Arzt nur eingehen, soweit er sie unbedingt für erforderlich hält; nur insoweit kann der Patient gemäß § 216 StGB auch wirksam in eine Gefährdung seines Lebens einwilligen.

(ccc) Als Beispiel für das Fehlen der erforderlichen Überzeugung kann der wiederholt erwähnte Zahnarzt-Fall³

1) S. vorstehend S.192 Fußn. 4 , vgl. auch D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

2) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (aa) - (ee) = S. 142-191 s. außerdem nachfolgend (gg) = S. 195ff

3) BGH NJW 1978, 1206 - oben B I 8 = S. 43

herangezogen werden. Der Zahnarzt, der von der Patientin gebeten wurde, ihr sämtliche Zähne des Oberkiefers zu ziehen, hielt psychosomatische Verknüpfungen zwischen den Zähnen und den Kopfschmerzen seiner Patientin zwar für möglich, er war von ihnen aber keinesfalls überzeugt. Als er daraufhin die als medizinische Außenseitermethode einzuordnende umfassende Zahnextraktion vornahm, handelte er ohne entsprechende Überzeugung. Deshalb muß ihm der Vorwurf eines Kunstfehlers gemacht werden¹. Damit wird auch nicht einem Gesinnungsstrafrecht Vorschub geleistet: Die Überzeugung des Arztes gehört zur notwendigen Legitimationsstruktur der Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen.

(ddd) Eine strafrechtliche Haftung des Arztes wegen fehlender Überzeugung kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn ihm der Mangel nachgewiesen wird. In der Regel wird sich das Fehlen der Überzeugung nur aus Indizien schließen lassen. In Zweifelsfällen ist der Arzt freizusprechen.

(eee) Insgesamt ist festzustellen, daß Voraussetzung für die zulässige Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen die Überzeugung des Arztes davon ist, daß der Wert dieser Behandlungsverfahren den Wert der Schulmedizin übersteigt oder ihm zumindest entspricht.

1) Vgl. Bichlmeier JZ 1980, S. 53f

(gg) Keine Sittenwidrigkeit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses

Für die Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen besteht ein weiteres Mindestanfordernis darin, daß das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis nicht sittenwidrig sein darf¹.

(aaa) Dogmatisch läßt sich das Erfordernis "keine Sittenwidrigkeit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses" mit § 226 a StGB begründen². Sittenwidrig ist das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis zunächst, wenn es der Gewährleistung der Würde des Menschen durch Art. 1 I GG widerspricht, indem es den Patienten zum bloßen Objekt ärztlichen Handelns macht³. Das ist aber dann der Fall, wenn der Arzt ein bestimmtes Behandlungsergebnis ohne Rücksicht und im Gegensatz zum personalen Wert des Menschen anstrebt. Dies stellt jedoch nur einen Teilaspekt der Sittenwidrigkeit des Behandlungsergebnisses dar. Sittenwidrig ist die ärztliche Behandlung sowie das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis auch dann, wenn die Behandlung mit so schweren Nachteilen oder so schweren körperlichen bzw. seelischen Einbußen für den Patienten verbunden ist, daß diese vom Strafrecht - ungeachtet der Einwilligung des Kranken - nicht mehr hingenommen werden

1) Vgl. dazu Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 92; Kirchhoff Dt. Ärztebl. 1968, 2951ff; Thielicke, Wer darf leben, Der Arzt als Richter; ders., Wer darf sterben, insbes. S. 25ff; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 117f, 138f; Ehrhardt, Euthanasie, S. 96ff - insbes. S. 98f, 108f; Umbach, Ärztl. Verantwortung im Konflikt, S. 24; Schölmerich, Zum Begriff der Krise, S. 112f; Jaromir, Der ärztl. Kunstferler, S. 16, 21; Kaiser, Künstl. Insemination, S. 73f; Kuhlendahl, Ärztl. Entscheidungsspielraum in Festschr. für Bockelmann, S. 465ff - insbes. S. 466-469

2) Vgl. dazu oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb)ß = S. 152ff

3) Vgl. Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 25, 26, 117; zu Art. 1 I GG auch Kaiser, Künstl. Insemination, S. 73f

können. Wann dies im einzelnen der Fall ist, wird noch näher darzulegen sein.

(bbb) Das Erfordernis, daß das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis nicht sittenwidrig sein darf, ist angesichts des rasch voranschreitenden medizinisch-biologischen Fortschritts auch kriminalpolitisch geboten. Mit dem Fortschritt in der Wissenschaft sind nämlich zunehmend große Gefahren für den Kranken verbunden, die vielfach insbesondere die Frage aufwerfen, ob das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis noch sittengemäß ist¹. So sind heute mehr denn je Manipulationen am Menschen mit unabsehbaren Risiken für dessen Körper und Psyche möglich². Neue Behandlungsalternativen - namentlich bei todkranken Patienten - haben dem Arzt eine ungeheure Macht über den Kranken gebracht. Dies stellt das Gewissen des Arztes in stärkstem Maße auf die Probe: Er darf nicht das technisch Mögliche unter Hintansetzung des ärztlich zu Verantwortenden wagen⁴. Vielmehr muß er stets den realen Nutzen für den Kranken im Auge behalten⁵. Ein solcher ist zweifelsohne dann nicht mehr gegeben, wenn das Recht das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis als sittenwidrig ansehen muß. Hier ist deshalb auch eine strafrechtliche Sanktion angezeigt.

Medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen sind demgemäß daraufhin zu überprüfen, ob bei ihrer Praktizierung ein sittenwidriges Behandlungsergebnis sicher zu erwarten ist⁶. Die bloße Gefahr eines sittenwidrigen

1) Vgl. Kirchhoff Dt. Ärztebl. 1968, 2951ff - insbes. S. 2951, 2957; s. auch Jaromir, Der ärztl. Kunstfehler, S. 18, 26

2) Vgl. Kirchhoff aaO. S. 2957

3) Vgl. Ehrhardt, Euthanasie, S. 96, 108

4) Vgl. Wachsmuth, Arzt- u. Arzneimittelrecht, 1977, 179, 183, 209, 211

5) Vgl. Wachsmuth aaO. S. 211

6) Vgl. für Neulandverfahren: Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 39

Behandlungsergebnisses reicht regelmäßig nicht aus, weil der Arzt ungeachtet des § 226 a StGB derartige Risiken im Interesse einer Heilung des Patienten eingehen darf. Anders ist es nur dann, wenn die Gefahr eines sittenwidrigen Behandlungsergebnisses so groß ist, daß sich die Möglichkeit eines Gelingens der Behandlung unter Vermeidung sittenwidriger Folgen als theoretischer Ausnahmefall darstellt. - Für die Verfahren der Schulmedizin ist ein entsprechendes Erfordernis wie "keine Sittenwidrigkeit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses" nicht notwendig, da diese Behandlungsmethoden schon nach der hier vorgeschlagenen Definition¹ sozialethisch nicht ernsthaft bestritten sein dürfen. Werden die Grenzen der Schulmedizin überschritten, so ist ein derartiges Vorgehen an den im folgenden zu entwickelnden Kriterien zu messen.

(ccc) Bei der Frage der Sittenwidrigkeit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses sind grundsätzlich zwei große Komplexe zu unterscheiden. Auf der einen Seite darf die ärztliche Behandlung nicht eine Änderung der Persönlichkeit oder des Wesens des Patienten zur Folge haben, sie darf auch nicht einen menschenunwürdigen körperlichen Zustand des Kranken bewirken; auf der anderen Seite darf der Arzt nicht sinnlos und für den Patienten unzumutbar dessen Sterbeprozess aufhalten.

4) Bei Einwirkungen auf die Psyche des Patienten darf der Arzt grundsätzlich nicht über diejenigen Merkmale der Person des Kranken verfügen, die dessen Persönlichkeit ausmachen, es ist die Grenze der Personenidentität einzuhalten².

1) S.o. D I 2 a aa (1) (a) = S. 68ff

2) Vgl. Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 92; Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 117f, 138f; s. auch Fischer, Wissenschaftliche Versuche, S. 19

Dies ergibt sich aus der Gewährleistung der Würde des Menschen durch Art. 1 I GG¹. Zur Würde des Menschen gehört nicht zuletzt die Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit jedes Einzelnen. Auch die Persönlichkeit des kranken Menschen ist deshalb grundsätzlich umfassend geschützt. Auf diesen Schutz kann der Kranke wirksam nicht verzichten. Greift der Arzt dem ungeachtet in den Kernbestand der Persönlichkeit des Patienten ein, so ist das dadurch bewirkte Behandlungsergebnis sittenwidrig im Sinne des § 226 a StGB. Das gilt selbst dann, wenn es Ziel der ärztlichen Behandlung ist, konkrete Lebensgefahren vom Patienten abzuwenden². Verboten sind danach beispielsweise die chirurgisch-technisch an sich denkbaren Transplantationen, mit denen ein vollständiger Wesens- und Individualitätswandel verbunden ist: also vor allem die Gehirnverpflanzung und die Verpflanzung von sexualhormonproduzierenden Drüsen, die ebenfalls einen maßgeblichen Einfluß auf das Verhalten des Menschen ausüben. Sittlich verwerflich und deshalb strafbar ist auch die Verwirklichung des Vorschlages, den Kopf eines überdurchschnittlich geistig produktiven Menschen, der an einem unheilbaren Karzinom leidet, maschinell zu durchbluten oder auf einen gesunden Organismus zu transplantieren³. Ein so weitgehender ärztlicher Eingriff zerstört die Individualität des vorher existierenden Menschen und kann deshalb vom Recht nicht mehr hingenommen werden.

Von dem grundsätzlichen Verbot, nicht auf die Personenidentität des Patienten einzuwirken, bestehen jedoch Ausnahmen. Eine solche Ausnahme ist zunächst das Vorliegen

1) Vgl. Fischer aaO.; Henninger aaO. S. 117

2) Henninger aaO.

3) Zenker, Ärztl. Ethik aus der Sicht des Chirurgen, S. 107

von Geisteskrankheiten. Erfolgt die ärztliche Behandlung, um ein krankhaftes Triebverhalten des Patienten zu beseitigen oder um seine Eingliederung bzw. Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu ermöglichen, so ist sie aufgrund dieser Zielsetzung sittengemäß und verstößt nicht gegen § 226 a StGB. Danach ist etwa die Implantierung von Gehirnteilen nicht sittenwidrig, wenn sie bei Geisteskranken mit wesentlich gestörtem Persönlichkeitsbild zum Zwecke der Heilung erfolgt¹. Ebenso sind stereotaktische² Operationen zur Ausschaltung eines abnormen Geschlechtstriebes sittengemäß³.

Schwierig ist die Grenzziehung, soweit bei der Behandlung des Patienten anstelle des gesamten Persönlichkeitsbildes nur einzelne Faktoren erfaßt werden (wie etwa Intelligenz, Temperament oder bestimmte Charaktereigenschaften⁴). Hier entspricht die Behandlung so lange den sittlichen Anforderungen, wie sie zur Beseitigung eines krankhaften Zustandes bzw. einer krankhaften Persönlichkeitsstörung erforderlich ist. Die Einwirkung auf die Persönlichkeit ist auf ein Mindestmaß zu beschränken, sie darf nicht als sicher voraussehbare Folge eine eigene Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung des Patienten auf Dauer unmöglich machen. Im Zweifel gilt in Übereinstimmung mit Art. 2 I GG das Prinzip "in dubio pro libertate"⁵. Dies bedeutet, daß eine ärztliche Behandlung vom Strafrecht grundsätzlich als sittengemäß anzusehen ist, es sei denn, ihre

1) Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 139

2) Spezielle Form der Gehirnoperation, vgl. Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 548 - Stichwort: stereotaktisch

3) Vgl. dazu auch Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 58 zu § 223 mwN

4) Henninger aaO. S. 139

5) Henninger aaO. S. 139

sittenwidrigen Konsequenzen sind dem Arzt nachzuweisen.

Vorrangig den Körper des Patienten betreffende ärztliche Maßnahmen dürfen nicht zwangsläufig (als notwendige Folge der Therapie) zu einem dauernden Dahinvegetieren des Kranken führen¹. Einen Grenzfall stellen insoweit die Totaloperationsmöglichkeiten bei einer malignen Beckengeschwulst dar². Ihre Zulässigkeit muß sich unter dem Gesichtspunkt des § 226 a StGB danach beurteilen, wieweit es dem Arzt im Einzelfall gelingen kann, dem Patienten durch eine zumindest teilweise Wiederherstellung der betroffenen Körperfunktionen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen. Ein dauerndes Dahinvegetieren des Kranken ist weiter dann anzunehmen, wenn die ärztliche Behandlungsmethode notwendig zu einer irreversiblen, also bleibenden Abhängigkeit des Patienten von einer Maschine führt, die jeglichen sozialen Kontakt und jegliche Persönlichkeitsentfaltung unmöglich macht. Wenn der Kranke auf diese Weise zum Objekt ärztlicher Therapie gemacht wird, ist auch der Vorwurf einer tatbestandlich und schuldhaft verwirklichten Körperverletzung nicht mehr verfehlt. Anders ist zu entscheiden, wenn eine solche Therapie zur Aufrechterhaltung der Lebensfunktionen auf einen entsprechend vorgeschädigten Patienten angewandt wird(etwa einen Apalliker³).

Unter dem Maßstab der Sittengemäßheit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses erfordern Sterilisationen, Kastrationen und kosmetische Behandlungen eine besondere

1) Vgl. auch Ehrhardt, Euthanasie, S. 98f

2) Zenker, Ärztl. Ethik aus der Sicht des Chirurgen, S.107

3) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 48 - apallisches Syndrom: Ausfallerscheinungen infolge doppelseitiger Ausschaltung der Großhirnrinde durch Unterbrechung der Verbindungen zwischen Großhirn und Hirnstamm (etwa durch eine Blutung) - vgl. auch Kuhlendahl, Ärztl. Entscheidungsspielraum in Festschr. für Bockelmann, S. 468

Würdigung. Für Kastrationen und andere Behandlungsmethoden gegen die Auswirkungen eines abnormen Geschlechtstriebes, die zur dauernden Funktionsunfähigkeit der Keimdrüsen führen können, gilt die im Kastrationsgesetz vom 15.8.1969¹ vorgesehene Sonderregelung. Bei einer Entfernung der Keimdrüsen aus anderen Gründen, wie etwa im Falle einer Krebserkrankung, verbleibt es dagegen bei den allgemeinen Heilbehandlungsregeln², ohne daß insoweit Bedenken gegen die Sittengemäßheit des Behandlungsergebnisses bestehen. Für eine Anwendung des § 226 a StGB wegen Sittenwidrigkeit des vom Arzt angestrebten Behandlungsergebnisses ist also bei Kastrationen und den ihnen gleichstehenden Behandlungsverfahren kein Raum. Für Sterilisationen ist demgegenüber umstritten, ob es mit § 226 a StGB vereinbar ist, wenn durch ihre Vornahme die Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit des Mannes bzw. der Frau durch Unterbrechung des Samenstrangs oder der Eileiter ausgeschlossen wird^{3,4}. Der Bundesgerichtshof verneint einen Verstoß gegen § 226 a StGB und damit auch eine Strafbarkeit⁵. Dieser Auffassung ist beizupflichten, denn es ist maßgeblich eine Frage des Selbstbestimmungsrechtes des einsichtsfähigen Patienten, ob er seine Fortpflanzungsfähigkeit auf Dauer ausschließen will. Erforderlich ist nur, daß die betroffene Person aufgrund einer entsprechenden Risiko- und Folgenaufklärung in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs hinreichend abzuschätzen⁶. Kosmetische Behandlungen sind eindeutig

1) BGBI. I S. 1143; vgl. auch den Überblick bei Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 53ff zu § 223

2) Wessels, Strafrecht BT-1, § 6 II 1 = S. 35

3) Def. der Sterilisation bei Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 59 zu § 223

4) Zum Streitstand vgl.: BGH NJW 1976, 1790 (ZR); Röhmel JA 1977, 183; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 60ff zu § 223

5) BGHSt 20, 81

6) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 62 zu § 223

sittengemäß, solange sie zur Beseitigung angeborener Mißbildungen und Unebenheiten (Klumpfuß, abstehende Ohren, Schielaugen) oder späterer Verletzungen (verstümmelte Nase, entstellende Narben) angewandt werden, deren Nichtbehandlung zumindest eine seelische Belastung bedeutet. Geht es dagegen allein um Änderungen oder Verschönerungen des äußeren Erscheinungsbildes, so sind die hierauf gerichteten ärztlichen Maßnahmen zulässig, wenn sie nicht unangemessen gefährlich sind, deliktischen Zwecken dienen (z.B. Gesichtskorrektur zur Identitätstäuschung¹) oder menschenunwürdige Folgen auslösen (z.B. Erstellung einer grotesken Physiognomie bei Zirkusakteur).

ß) Besondere Probleme im Hinblick auf § 226 a StGB stellen sich beim Verhalten des Arztes gegenüber todkranken Patienten. Hier fragt es sich, bis zu welcher Grenze ärztliche Therapie überhaupt Hilfe ist². Es geht dabei um die spiegelbildliche Problematik zur Euthanasie³ und zur Sterbehilfe⁴.

Anerkannt ist, daß dem Recht des Menschen auf Leben (Art. 2 II 1 GG) ein Recht des Menschen auf seinen natürlichen Tod und auf ein menschenwürdiges Sterben entspricht (vgl. Art. 1 I GG)⁵. Dies bedeutet speziell für den sterbenden Menschen, daß er nie zum Objekt der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten werden darf⁶. Ein solches Vorgehen des Arztes wäre

1) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 50 zu § 223

2) Vgl. Thieliicke, Wer darf leben, S. 16f; Schölmerich, Zum Begriff der Krise, S. 112f

3) Zur Euthanasie vgl.: Engisch, Der Arzt an den Grenzen des Lebens, Ehrhardt, Euthanasie, S. 96ff; Hansen, Ärztl. Probleme an der Grenze von Leben und Tod, Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, S. 134f; Schulz, Der Arzt vor dem Richter, S. 96f

4) Dazu: Richtlinien der Bundesärztekammer Dt. Ärztebl. 1979, 957

5) Möllering, Schutz des Lebens, S. 56ff; Wessels, Strafrecht BT-1, § 1 III 3 = S. 5; vgl. auch Stratenwerth, Zum juristischen Begriff des Todes, S. 534

6) Möllering aaO. S. 57

sittenwidrig im Sinne des § 226 a StGB. Wann der Kranke im Einzelfall zum Objekt der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten wird, ist schwer zu bestimmen und wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet¹. Zutreffend ist es, die vom Arzt gewählte Therapie dann als sittenwidrig anzusehen, wenn sie notwendig zu einem unzumutbaren und sinnlosen Aufhalten des Sterbeprozesses eines leidenden Menschen führt, wenn sie notwendig statt einer Verlängerung des Lebens eine Verlängerung des Sterbens und der Qual zur Folge hat². Dementsprechend darf das Leben des Patienten nicht nur deshalb erhalten werden, um dessen Körper als "Versuchsobjekt medizinischen Experimentierinteresses" zu erhalten³; ein Sterbender darf nicht einer Behandlung ausgesetzt werden, die mit erheblichen zusätzlichen Schmerzen oder mit erheblichen zusätzlichen körperlichen bzw. seelischen Belastungen verbunden ist, auch wenn dadurch der Todeszeitpunkt hinausgezögert wird. Ebenfalls sittenwidrig ist es, wenn die Hinauszögerung des Todeseintritts durch die verantwortlichen Ärzte allein von eigennützigen finanziellen Interessen der Angehörigen (etwa Erhaltung eines Rentenanspruches; anders möglicherweise dann, wenn es den Angehörigen um die Beschaffung des Geldes für eine standesgemäße Beerdigung geht) oder des Krankenhauses (z.B. Belegungsinteresse) bestimmt wird⁴. Die Deutsche Gesellschaft für Chirurgie⁵ hat versucht, an praktischen Beispielen zu konkretisieren, wann die ärztliche Behandlung nur zu einer bloßen Sterbensverlängerung führt. Danach sind Wiederbelebungsmaßnahmen in folgenden Fällen kontraindiziert:

1) Überblick bei Möllering aaO. S. 56ff, insbes. S. 58ff

2) Möllering aaO. S. 59f, s. auch Bock, Ärztl. Ethik aus internistischer Sicht, Ehrhardt, Euthanasie, S. 98f; Thielicke, Wer darf leben, S. 41

3) Möllering aaO. S. 57

4) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 29 aE vor §§ 211ff

5) Zitiert bei Möllering aaO S. 59

erstens nach einer therapeutisch nicht mehr beeinflußbaren Kreislaufdepression, zweitens am Ende einer unheilbaren und progredienten¹ Krankheit aufgrund des definitiven, unersetzlichen Verlustes eines lebenswichtigen Organs und drittens, wenn bei fortschreitendem Verfall der vitalen Funktionen in ihrer Gesamtheit ein Atem- und Herzstillstand eintritt.

(ddd) Zusammenfassend ist für die medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen festzustellen, daß die ärztliche Therapie nicht unangemessen in die Personenidentität des Menschen eingreifen darf und nicht notwendig zu einem dauernden Dahinvegetieren oder einer unzumutbar sinnlosen Verlängerung des Sterbeprozesses führen darf.

(3) Zusammenfassung zur Untauglichkeit der gewählten Behandlungsmethode

Die ärztliche Therapie hält sich zunächst im Rahmen des dem Arzt gezogenen Beurteilungsspielraumes, wenn er Schulmedizin im oben definierten Sinn² praktiziert³. Überschreitet der Arzt die Grenzen der Schulmedizin, wendet er Außenseitermethoden oder Neulandbehandlungen an, so muß die von ihm gewählte Methode folgenden Maßstäben genügen:

Der Heilerfolg darf nicht ausgeschlossen sein, die Therapie ist abubrechen, wenn ihre Erfolglosigkeit objektiv erkennbar geworden ist; das praktizierte Behandlungsverfahren muß ausreichend erprobt sein; es muß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwischen Ziel und Gefahren der

1) Duden, Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, S. 473 - Stichwort progredient: fortschreitend

2) S.o. D I 2 a aa (1) (a) = S. 68ff

3) Vgl. D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

angewandten Therapie gewahrt sein, der Arzt muß von einem der Schulmedizin zumindest gleichrangigen Wert seiner Methode überzeugt sein, und das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis darf nicht sittenwidrig sein. Ist eines dieser Kriterien nicht erfüllt, so hat der Arzt seinen Beurteilungsspielraum mißbraucht¹; er hat dann objektiv sorgfaltswidrig und kunstfehlerhaft gehandelt. Genügt der Arzt dagegen den angeführten Maßstäben, so steht fest, daß er objektiv sorgfaltsgemäß vorgegangen ist und keinen Kunstfehler begangen hat.

2) Abgrenzung der Lehre vom Beurteilungsspielraum von der Problematik der ärztlichen Aufklärungspflichten

Die vorstehend² dargelegten objektiven Mindestanforderungen an den Beurteilungsspielraum des Arztes bei der Therapiewahl bedürfen noch einer Abgrenzung zu den entsprechenden Aufklärungspflichten des Arztes. Dabei ist das Zusammenspiel zwischen der ärztlichen Therapiewahl und den ärztlichen Aufklärungspflichten eingehend zu erörtern.

Die ärztliche Aufklärungspflicht ist im Rahmen dieser Arbeit allein von Bedeutung, soweit sie strafrechtliche Auswirkungen hat. Allgemein wird die Aufklärung des Patienten - bei erheblichem Streit über ihren Umfang - als Voraussetzung dafür angesehen, daß der Kranke wirksam in die Maßnahmen des Arztes einwilligen kann³. Diese Einwilligung rechtfertigt die ärztliche Behandlung. Es fragt sich

1) Vgl. zum entsprechenden Begriff des Mißbrauchs in der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre: Knack-Busch, VwVfG, Anm. 9.4 zu § 40 VwVfG, Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 II d cc = S. 200; vgl. auch oben S. 30 Fußn. 3

2) Vgl. D II 1 c = S. 97ff

3) Vgl. nur Erdsiek NJW 1959, 807, 808; Hinderer, Die Aufgaben des Arztes, S. 63, 64

jedoch, ob bei kunstgerechten Heileingriffen eine solche Rechtfertigung überhaupt erforderlich ist, damit der Arzt einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung entgeht. Das hängt davon ab, ob auch der kunstgerecht vorgenommene ärztliche Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Diese Streitfrage bedarf daher vorrangig einer Entscheidung. Anzuschließen sind gegebenenfalls Ausführungen, worin im einzelnen die Körperverletzung zu erblicken ist und welche Erfordernisse eine wirksame Einwilligung zu erfüllen hat. Erst dann kann die eigentliche Problematik - die Aufklärungspflicht des Arztes im Hinblick auf die Therapiewahl - aufgezeigt und entschieden werden.

a) Problematik der Qualifizierung einer Heilbehandlung ohne wirksame Einwilligung als Körperverletzung

aa) Zur Qualifizierung der ärztlichen Heilbehandlung gibt es im wesentlichen drei unterschiedliche Auffassungen. Nach der Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums erfüllt eine ärztliche Heilbehandlung, die in den Körper des Patienten eingreift, stets den Tatbestand der Körperverletzung, also auch dann, wenn kein Kunstfehler vorliegt, die Heilbehandlung bedarf danach regelmäßig einer Rechtfertigung durch Einwilligung des Patienten¹. Demgegenüber sieht die extreme Gegenansicht in der kunstgerechten Behandlung durch den Arzt grundsätzlich keine Körperver-

1) Vgl. BGH NJW 1959, 814; Berg, Grundriß der Rechtsmedizin, S. 51; Dreher-Tröndle, StGB, Rdn 9 zu § 223; Ebermayer, Die zivil- u. strafrechtl. Haftung des Arztes für Kunstfehler, S. 50; Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 113; MDH-Dürig, GG, Art. 2 II Rdn 36, 37; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 231; v. Münch-Niemöhlmann, GG, Art. 2 Rdn 50; Schwalm, Zum Begriff u. Beweis des ärztl. Kunstfehlers in Festschr. für Bockelmann, S. 539f; SK-Horn, StGB, Rdn 31-38 zu § 223; Spann/Liebhardt, Ärztl. Berufs- u. Ständeskunde, S. 275; Trockel Med. Klin. 70 (1975), 1153f; grds. ebenso Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 49ff zu § 223

letzung¹. Eine dritte Meinung schließlich unterscheidet: Bei gelungenem Eingriff ist der Tatbestand der Körperverletzung nicht verwirklicht, bei mißlungenem Eingriff wird er hingegen angenommen².

Nicht Überzeugen kann jedenfalls die zuletzt dargestellte Meinung. Sie wird vornehmlich mit dem Charakter der Körperverletzungstatbestände als Erfolgsdelikte begründet³: Bei mißlungener ärztlicher Behandlung sei tatsächlich ein schädigender Erfolg eingetreten; bei geglückter Heilung könne demgegenüber von einer Körperverletzung keine Rede sein, das Tatbestandsmerkmal "mißhandeln" des § 223 StGB könne hier keinesfalls bejaht werden⁴. Ein ähnlicher Begründungsversuch stellt darauf ab, daß Körperverletzung eine Abkürzung für Körperinteressenverletzung sei. Deshalb könne eine Handlung, die lediglich das Wohlbefinden oder die äußere Erscheinung beeinträchtigt, nur dann eine Körperverletzung sein, wenn sie nicht überwiegend für das - innerhalb des Gesamtkörperinteresses überragende - Wohlsinsinteresse des Kranken förderlich ist⁵.

1) Brügmann NJW 1977, 1473, 1474 unten, 1475 1. Sp., vgl. Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 133-139; Kahl ZStW 29 (1909), 351, 370f mit unvertretbarer Begründung; Lackner, StGB, Anm. 5 a zu § 223; Mandt Dt. Ärztebl. 1969, 3335f; Stooß, Chirurg. Op., S. 6-12, 18-30; s. auch Engisch ZStW 58 (1939), 1,6,7,8f, 18 - Prinzip des Überwiegenden Interesses und Engisch MSchrKrimBiol. 30 (1939), 414, 417ff; ebenso: § 161 E 60/62 - vgl. S. 26 Fußn. 1; modifizierend Krauß, Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung in Festschr. für Bockelmann: Eigenmacht des Arztes erfüllt nur dann den Tatbestand der Körperverletzung, wenn er damit individuelle Entscheidungen des Patienten unmöglich macht, dazu besonders S. 571f

2) Beling ZStW 44 (1924), 220, 225, 230; vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 69ff; Korthals, Organtransplantation, S. 16-23; Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, S. 50

3) Bockelmann aaO.; Korthals aaO. S. 18, 19; Weimar aaO.

4) Vgl. Korthals aaO.

5) Vgl. Beling aaO. S. 225, 230

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß zur Heilung des Patienten durchaus auch risikoreiche Therapieformen medizinisch angezeigt sein können, die trotz sorgfaltsgemäßer Ausführung zu einer Verschlechterung des körperlichen Zustandes des Kranken oder sogar zu dessen Tod führen können¹.

Differenziert man bei derartigen ärztlichen Maßnahmen für ihre Einordnung als Körperverletzung danach, ob der ärztliche Heileingriff gelungen oder mißlungen ist, so führt dies zu einem willkürlichen² und vom Gerechtigkeitsempfinden her unbefriedigenden Ergebnis: der schicksalsmäßig unglückliche Ausgang der ärztlichen Behandlung wird auf diese Weise zum Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Bewertung gemacht. Darauf darf es jedoch nicht ankommen. Die Bewertung des ärztlichen Handelns darf sich nicht aus seinen später eingetretenen Folgen ergeben: Die Qualifizierung des ärztlichen Handelns als Körperverletzung muß im Augenblick der Tat feststehen. Eine Differenzierung nach dem Erfolg der Behandlung verbietet sich also.

In Betracht kommt nur, die Heilbehandlung des Arztes entweder generell als tatbestandsmäßig oder generell als nicht tatbestandsmäßig einzuordnen.

Gegen die Tatbestandsmäßigkeit wird vorgebracht, daß der Arzt bei kunstgerechter Durchführung seiner Behandlung keine körperverletzende, gesundheitsschädigende Tätigkeit ausübe; er behandle den Patienten und mißhandle ihn nicht³. Die ärztliche Heilbehandlung sei ihrem Wesen nach keine Körperverletzung⁴. Sie müsse nach ihrem Hauptanliegen - der angestrebten und Überwiegend auch erreichten Heilung

1) Vgl. Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 138f

2) Vgl. Trockel Med. Klin. 70 (1975), 1153

3) Vgl. Stooß, Chirurgische Op., S. 6; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 136f

4) Stooß, Chirurgische Op., S. 9

des Patienten - charakterisiert werden, nicht aber nach ihren untergeordneten Nebenwirkungen, die der Arzt nach Kräften auszuschließen trachte¹. Schließlich habe der Kranke, der sich zum Arzt begeben, bereits einen versehrten Körper, die Erkrankung ließe sich dabei grundsätzlich nicht auf einen bestimmten Teil des Körpers oder auf bestimmte Körperfunktionen isolieren². Der in der Heilbehandlung liegende Eingriff in den Körper des Patienten könne deshalb nicht als Körperverletzung, d.h. als Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Patienten angesehen werden: von körperlicher Unversehrtheit könne bei dem Kranken keine Rede sein. Eine Körperverletzung ließe sich auch wegen der fehlenden Einwilligung des Patienten nicht annehmen. Stelle man sich nämlich die Situation eines Menschen vor, der nur durch eine Operation vor dem Siechtum bewahrt werden könne, so hieße es doch, vor den Sinnzusammenhängen die Augen zu verschließen, wenn man sagen wollte: Er hat die Wahl, entweder dahinzusiechen - tut er das, so hat er auf Bewahrung seiner körperlichen Integrität bestanden -, oder aber über dieses Rechtsgut zu verfügen, indem er sich operieren läßt³. Weiter wird argumentiert, daß sich die ärztliche Behandlung durch ein Fehlen der Einwilligung objektiv nicht ändere⁴. Ärztliches Handeln ohne Einwilligung des Patienten sei lediglich ein Eingriff in seine persönliche Freiheit, für die eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung ausgeschlossen sei; in Betracht zu ziehen sei Nötigung⁵.

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 66f; vgl. Stooß aaO. S. 18

2) Brügmann NJW 1977, 1473, 1475

3) Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 137

4) Stooß, Chirurgische Operation, S. 23f

5) Grünwald aaO. S. 138f; Stooß aaO. S. 28

Dieser Argumentation stehen aber erhebliche Bedenken entgegen¹. Mit dem ärztlichen Eingriff wird nicht ausschließlich in die Entscheidungsfreiheit des Patienten eingegriffen, wenn dessen wirksame Einwilligung fehlt, die Maßnahme aber kunstgerecht geschieht. Die durch den Eingriff bewirkten körperlichen Folgen sind nämlich durchaus real (etwa Verlust eines Organs, eines Körpergliedes oder der Zeugungsunfähigkeit) und können nicht geleugnet werden. Hier geht es nicht allein darum, daß der Arzt seine Entscheidung an die Stelle der des Patienten gesetzt hat. Vielmehr steht nicht fest, ob der Kranke für seine Heilung auch zur Hinnahme möglicherweise sogar schwerer körperlicher Übel bereit war, insofern können daraus widerstrebende Gesundheitsinteressen auf dem Spiel stehen. Eindeutig vorrangig ist in dieser Hinsicht jedoch der Wille des Patienten, nicht aber das, was nach Einschätzung der Ärzte im Interesse des Kranken medizinisch angezeigt ist. Aus diesen Gründen ist die Annahme folgerichtig, daß die durch den ärztlichen Heileingriff bewirkten körperlichen Übel, die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Patienten, den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen und nur durch die Einwilligung des Kranken gerechtfertigt werden können.

Die Einordnung des ärztlichen Heileingriffs als Körperverletzung ergibt sich weiter aus einem Vergleich mit der Situation, daß der Patient trotz einer kunstgerecht vorgenommenen Behandlungsmaßnahme des Arztes stirbt. Es ist nicht ersichtlich, mit welcher Begründung hier der Tatbestand der Tötung verneint werden sollte. Dann kann man aber bei dem Tatbestand der Körperverletzung nicht anders entscheiden: der ärztliche Heileingriff ist dementsprechend tatbestandlich eine Körperverletzung.

1) Vgl. im folgenden besonders Hardwig GA 65, 161, 165

Dieses Ergebnis stimmt auch mit dem Wertgehalt des Art. 2 II 1 GG überein¹. Danach sind Heileingriffe ohne Einwilligung des Kranken grundsätzlich unzulässig². Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit wäre nämlich in seinem Wesensgehalt (Art. 19 II GG) getroffen, wenn der Staat nicht prinzipiell gehalten wäre, lediglich die Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund für den Heileingriff anzuerkennen³. Das in Art. 2 II 1 GG gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert auch bei einem Menschen Berücksichtigung, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird⁴. Den Schutz dieser grundrechtlichen Positionen sichert § 223 StGB, wenn der ärztliche Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung qualifiziert wird. Bei einer solchen Argumentation wird vereinzelt⁵ allerdings die Gefahr gesehen, daß auf diese Weise die Straftatbestände den Tatbeständen der Grundrechtsverletzungen angepaßt würden; das sei aber mit der in Art. 103 II GG für Strafgesetze geforderten Tatbestandsbestimmtheit nicht vereinbar. Dieser Einwand ist jedoch zurückzuweisen, denn das strafrechtliche Auslegungsergebnis beruht nicht auf den dargelegten verfassungsrechtlichen Erwägungen, sondern wird durch sie nur bestätigt.

Ferner spricht die kriminalpolitische Interessenlage für die Qualifizierung der ärztlichen Heilbehandlung als Körperverletzung. Der Tatbestand der Nötigung, § 240 StGB,

1) Vgl. namentlich BGH NJW 1958, 267, 268; MDH-Dürig, GG, Rdn 36, 37 zu Art. 2 II; v. Münch-Niemöhlmann, GG, Art. 2 Rdn 50

2) MDH-Dürig aaO., v. Münch-Niemöhlmann aaO.

3) MDH-Dürig aaO.

4) BGH NJW 1958, 267, 268

5) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 67

gewährt keinen hinreichenden Schutz, weil er nur die Verletzung der Willensentschließungs- und Willensbestätigungsfreiheit¹ des Patienten, also die fehlende Beachtung seines Selbstbestimmungsrechtes, unter Strafe stellt. Im Gegensatz zu den Körperverletzungstatbeständen schützt § 240 StGB nicht das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Patienten. Täuscht der Arzt den Kranken, erschleicht er dessen Einwilligung in den Heileingriff durch fehlende, unzureichende oder sogar unzutreffende Aufklärung, so verstößt er nicht gegen § 240 StGB. Aber auch die Tatbestände der §§ 239, 185 StGB, die für die strafrechtliche Würdigung der ärztlichen Heilbehandlung weiter in Betracht kommen², gewähren dem Kranken keinen hinreichenden Schutz. So setzt § 239 StGB die Beeinträchtigung der potentiellen Fortbewegungsmöglichkeit des Tatopfers voraus³. Ein Patient wird aber in vielen Fällen, etwa wenn er bewusstlos oder querschnittsgelähmt und ohne die Möglichkeit zur Benutzung eines Rollstuhls im Bett liegt, gar keine potentielle Fortbewegungsmöglichkeit haben. Die ärztliche Behandlung wird auch nur in Ausnahmefällen den Straftatbestand des § 185 StGB erfüllen: so wenn aus der Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs zugleich die Kundgabe der Nichtachtung oder Mißachtung⁴ des Patienten hervorgeht. Ein wirksamer und umfassender Schutz des Patienten, namentlich vor ärztlicher Eigenmacht, ist daher allein durch den Tatbestand der Körperverletzung zu erreichen.

Dieser Standpunkt läßt sich schwerlich mit dem Argument entkräften, dann würde der ärztliche Eingriff dem Messerstich eines Raufboldes gleichgesetzt⁵.

1) Vgl. Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 1 zu § 240

2) Maurach-Schroeder, Strafrecht BT Teilbd. 1, § 8 II 2 c

3) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 1, 3 zu § 239

4) Vgl. Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 1 zu § 185

5) Vgl. Bockelmann NJW 1961, 945, 946

Dieses Argument greift ebensowenig durch wie bei einem tödlichen Ausgang des Eingriffs das Argument, der Arzt werde einem Totschläger gleichgestellt. Von der Tatbestandsmäßigkeit läßt sich nämlich noch nicht auf die Bewertung schließen. Der Arzt ist unzweifelhaft auch dann nicht als Raufbold oder Totschläger anzusehen, wenn seine Heilbehandlung wegen eines Kunstfehlers fahrlässige Körperverletzung oder fahrlässige Tötung ist¹.

Die ärztliche Heilbehandlung mittels eines Eingriffs in den Körper erfüllt also stets (ohne Rücksicht auf ihre Sachgemäßheit) den Tatbestand der Körperverletzung.

bb) Fraglich kann jedoch sein, worin im einzelnen die körperverletzende Tätigkeit des Arztes und die dadurch bewirkte Körperverletzung beim Patienten zu erblicken ist.

Bei sachgerechten ärztlichen Maßnahmen, bei denen allein die Einordnung als Körperverletzung zweifelhaft war, stellen schon die erforderlichen Eingriffe selbst (Operation, Injektion, Bestrahlung usw.) die Körperverletzung dar. Auch die Verordnung von Arzneimitteln ist als ärztlicher Eingriff zu qualifizieren², da ihre Einnahme auf die körperlichen Funktionen und damit auf die Gesundheit des Kranken nicht nur unerheblich einwirkt, der Arzt aber für diese Wirkungen wegen der Verschreibung des Medikamentes, deren Sachgemäßheit der Patient regelmäßig nicht beurteilen kann, verantwortlich ist. Beispiele bilden die Verordnung blutdrucksenkender Mittel, die Bekämpfung entzündlicher Vorgänge mit Antibiotika oder die Behandlung seelischer Erkrankungen durch Psychopharmaka.

1) Hardwig GA 65, 161, 165

2) Köster, Haftung des Arztes, S. 53

cc) Von erheblicher Bedeutung sind die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung in die sachgerechte ärztliche Behandlung, denn diese Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Arzt einer strafrechtlichen Sanktion wegen Körperverletzung entgeht.

Einer Erörterung bedürfen in diesem Zusammenhang die vom Patienten tatsächlich erklärte Einwilligung sowie der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung.

(1) Auszugehen ist von der tatsächlich erklärten Einwilligung. Sie ist schon gewohnheitsrechtlich als Rechtfertigungsgrund anerkannt, zusätzlich aber auch in § 226 a StGB niedergelegt¹. Der Rechtfertigungsgrund beruht darauf, daß für die Rechtsordnung dann kein Anlaß zum Rechtsgüterschutz besteht, wenn der Inhaber sein Rechtsgut bewußt dem Zugriff Dritter preisgegeben hat. Die Einwilligung bedeutet mithin Verzicht auf Rechtsschutz². Im Verhältnis Arzt - Patient stellt das Erfordernis der Einwilligung klar, daß der Arzt kein berufsbegründetes Recht zur Heilbehandlung hat und der Patient grundsätzlich auch aus medizinisch nicht gerechtfertigten und nicht vertretbaren Gründen frei entscheiden darf³. Die Einwilligung ist damit zugleich eine der Voraussetzungen für die Vertrauensbeziehung⁴ zwischen Arzt und

1) Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 92 - abw.: Engisch in Engisch/Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 20 u. Geilen, Einwilligung, S. 195 unter Ziff. 4: Einwilligung als Rechtmäßigkeitsschranke

2) Henninger aaO.; Kinzel, Transfusion u. Transplantation, S. 17

3) Vgl. Brandt, Grenzen der ps. ärztl. Haftg., S. 18; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 37 zu § 223; s. auch Händel Med. Klin. 66 (1971), 1355; Korthals, Organtransplantation, S. 43

4) Vgl. dazu oben D I 1 c = S. 60ff

und Patient¹. Diese ist ihrerseits für den Spielraum des Arztes bei seiner Therapiewahl² von wesentlicher Bedeutung, weil sie die Grundlage für die Zusammenarbeit zwischen Arzt und Patient bildet und ein Beurteilungsspielraum nur einem solchen Arzt zugebilligt werden kann, der das Vertrauen des Patienten besitzt.

Nach heute ganz vorherrschender Auffassung muß die Einwilligung des Kranken dem Arzt subjektiv bekannt sein³. Dieser Meinung ist beizupflichten, weil bei dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung die objektiven Elemente der Rechtfertigung allein den in der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes liegenden Erfolgsunwert des Verhaltens aufheben oder zumindest aufwiegen⁴. Der Handlungsunwert dagegen entfällt nur, wenn der Wille des Täters auch die Sachverhaltsmomente umschließt, die das Verhalten objektiv als rechtmäßig erscheinen lassen, der Täter also mit der Rechtsordnung im Einklang ist⁵.

Der einwilligende Patient muß einwilligungsfähig sein. Nach zutreffender Ansicht⁶ ist die Einwilligungsfähigkeit nicht von der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit abhängig. Die auf dem Selbstbestimmungsrecht des Kranken beruhende Einwilligung ist höchstpersönlich und deshalb keinen

1) Vgl. Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 773f

2) Vgl. oben D I 2 a = S. 66ff insbes. dd = S. 84f

3) Blei, Strafrecht Allg. Teil, § 38 II 2 = S. 120; Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 51 vor §§ 32ff mit Nachw. auch für Gegenmeinung; Stratenwerth, Strafrecht Allg. Teil, Rdn 382, 477ff

4) Stratenwerth aaO. Rdn 479

5) Stratenwerth aaO. Rdn 479

6) Carstens, Organtransplantation, S. 29f; Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1332; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 213f; Gritschneder, Patient-Arzt-Versicherung, S. 83; Kinzel, Transfusion u. Transplantation, S. 17-19; Korthals, Organtransplantation, S. 44f; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 38 zu § 223

schematisierenden Regeln zugänglich. Es kommt vielmehr auf die konkrete Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden an¹. Selbst Minderjährige und Entmündigte können danach einwilligen, wenn sie die Tragweite ihrer Erklärung erkennen und das Für und Wider abschätzen können. Für das allgemeine Strafrecht sind insoweit auch nicht die zusätzlichen Erfordernisse der Spezialvorschrift des § 41 Nr. 3 AMG zu übernehmen, die Neulandbehandlungen mit Arzneimitteln am kranken Patienten regelt. Bei einsichtsunfähigen Personen ist ihr gesetzlicher Vertreter im Rahmen seines Personensorgerechts zur Entscheidung berufen². Weigern sich die Personensorgeberechtigten, die Einwilligung zu einem unbedingt erforderlichen Eingriff an ihrem Kind oder Mündel zu erteilen, und stellt sich dies als Mißbrauch des Sorgerechts dar (§§ 1666 I, 1837 I, 1897 BGB), so kann das Vormundschaftsgericht ihnen die Verantwortung entziehen; in Betracht kommt hier die Heranziehung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB). Dieser gibt dann die notwendigen Erklärungen ab³.

Inhaltlich muß sich die Einwilligung auf die konkrete ärztliche Maßnahme beziehen⁴. Soll der Patient in einen Komplex von Behandlungsmaßnahmen wie etwa in eine Operation einwilligen, so muß sich seine Einwilligung auf alle Teile der Behandlung erstrecken, die wegen ihrer spezifischen Folgen und Gefahren bzw. wegen ihrer Bedeutung im Gesamtplan der Behandlung eigenständiges Gewicht haben. Bei

1) Carstens, Engisch, Goller, Gritschneder, Kinzel, Korthals, Sch-Sch-Eser aaO.

2) Vgl. Carstens aaO. S.30; Engisch aaO.; Goller aaO. S. 214; Gritschneder aaO.; Korthals aaO.; Sch-Sch-Eser aaO.; Weimar, Arzt-Krankenhaus-Patient, S. 18,52f, tw. abweichend: Spann/Liebhardt, Ärztl. Berufs- u. Standeskunde, S. 276f

3) Vgl. Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1333f; Spann/Liebhardt, Ärztl. Berufs- u. Standeskunde, S. 277; Weimar, Arzt-Krankenhaus-Patient, S. 52f

4) Vgl. Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 213

einer Operation muß sich die Einwilligung beispielsweise nicht nur auf den chirurgischen Eingriff, sondern auch auf die gleichzeitige Narkose beziehen. Ein genauerer Überblick über den Gegenstand der Einwilligung des Kranken ergibt sich aus der nachfolgenden¹ Betrachtung der Aufklärungspflichten des Arztes.

Personell erstreckt sich die Einwilligung grundsätzlich nur auf den Arzt, dem sie erteilt wird. Anders ist es regelmäßig im Krankenhaus sowie in einer von mehreren Ärzten gemeinsam betriebenen Praxis². Hier ist die Einwilligung in der Regel stillschweigend als allen Ärzten erteilt anzusehen, die aufgrund interner Arbeitsteilung für die fragliche Maßnahme zuständig sind, es sei denn, daß die Einwilligung ausdrücklich oder erkennbar auf einen bestimmten Arzt (z.B. wegen seiner Spezialkenntnisse) beschränkt sein soll³.

Der Widerruf der Einwilligung ist jederzeit möglich⁴. Er ist jedoch nur insoweit beachtlich, als er nicht lediglich einem momentanen Schock oder vorübergehenden Angstgefühlen entspringt, sondern als ernstlich und endgültig aufzufassen ist⁵.

Schließlich muß die Einwilligung frei von Willensmängeln sein⁶, die die Preisgabe des Rechtsgutes der körperlichen

1) S. unten D II 2 b bb = S. 226ff

2) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 44 zu § 223 mwN

3) Sch-Sch-Eser aaO.

4) Vgl. Gritschneder, Patient-Arzt-Versicherung, S. 83; Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 93; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 46 zu § 223

5) Sch-Sch-Eser aaO.

6) Vgl. Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1331; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 213; Gritschneder, Patient-Arzt-Versicherung, S. 83; Korthals, Organtransplantation, S. 46f; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 39 zu § 223; Wessels, Strafrecht AT, § 9 I 2 d = S. 70

Unversehrtheit des Kranken betreffen¹. Dies bedeutet, daß der Patient Art, Umfang und Folgen der durch den ärztlichen Eingriff bevorstehenden Rechtsgutsverletzung nicht verkennen darf; er muß sich über die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung im klaren sein². Die Einwilligung darf namentlich nicht durch Täuschung oder Drohung erwirkt sein³. Beim Erschleichen der Einwilligung durch Täuschung ist umstritten, ob jede Täuschung oder nur eine rechts-gutsbezogene Täuschungshandlung zur Unbeachtlichkeit der Einwilligung führt⁴. Zuzustimmen ist der Meinung⁵, die nur eine rechtsgutsbezogene Täuschungshandlung für beachtlich erklärt, denn in allen anderen Fällen (etwa zum Schein abgegebenes Versprechen einer Belohnung für die Erlaubnis zur Durchführung einer bestimmten ärztlichen Maßnahme) ist sich der Einwilligende über die Freigabe des Rechtsgutes seiner körperlichen Integrität durchaus bewußt⁶. Unbeachtlich ist es auch, wenn der Patient sich über den Erfolg des Eingriffs irrt, weil es sich hierbei lediglich um einen Motivirrtum, also um einen nach außen regelmäßig nicht erkennbar werdenden Irrtum bei der Willensbildung, handelt⁷. Im Einzelfall kann auch eine Einwilligung wirksam sein, die durch die Drohung des Arztes veranlaßt ist, die Behandlung abubrechen, wenn der Patient seine Zustimmung zu der vorgeschlagenen Maßnahme versage⁸.

1) Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 46f vor §§ 32ff;
Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 39 zu § 223

2) Sch-Sch-Lenckner aaO.

3) Vgl. Engisch, Goller, Gritschneder, Korthals,
Sch-Sch-Eser, Wessels aaO. oben S. 217 Fußn. 6

4) Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 47 vor §§ 32ff mwN

5) Sch-Sch-Lenckner aaO., Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 39
zu § 223

6) Sch-Sch-Lenckner aaO.

7) Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 213; vgl. auch
Wessels, Strafrecht AT, § 9 I 2 d = S. 70

8) Vgl. Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op.,
S. 1331

Dies wird insbesondere zutreffen, wenn durch die Weigerung des Kranken das Vertrauensverhältnis Arzt - Patient erschüttert würde¹ und für den Patienten zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Entscheidende Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist aber die umfassende Aufklärung des Patienten über die beabsichtigte Behandlung². Nur wenn sich der Patient über Art, Umfang und Folgen des Eingriffs im klaren ist, kann er aufgrund einer eigenverantwortlichen Entscheidung wirksam in den vom Arzt vorgeschlagenen Behandlungsweg einwilligen. Die Aufklärungspflichten, die den Arzt aus diesem Grunde treffen, werden im Rahmen der vorliegenden Arbeit noch genauer darzustellen sein³; im Zusammenhang damit wird auch auf die Grenzen der Aufklärungspflicht einzugehen sein. Eine Einschränkung der Aufklärungspflicht ist - wie noch darzulegen sein wird⁴ - mit dem Erfordernis einer wirksamen Einwilligung des Patienten nicht schlechthin unvereinbar. Sie kann im Einzelfall im Überwiegenden Interesse der Gesundheit des Kranken sogar geboten sein⁵. Ist eine solche Einschränkung der Aufklärungspflicht zum Wohl des Patienten ausnahmsweise angezeigt, so kommt als Rechtfertigungsgrund ersatzweise die mutmaßliche Einwilligung⁶ in Betracht⁷. Auf den Rechtfertigungsgrund des

1) Vgl. auch Brüggmann NJW 1977, 1473, 1474

2) Vgl. Bockelmann NJW 1961, 945; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 214; Gritschneder, Patient-Arzt-Versicherung, S. 83f; Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 774; Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 93; Korthals, Organtransplantation, S. 47; Spann/Liebhardt, Ärztl. Berufs- u. Standeskunde, S. 275

3) S. nachfolgend D II 2 b bb = S. 226ff

4) S. nachfolgend D II 2 b bb = S. 226ff

5) Vgl. Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 42 zu § 223 u. nachfolgend D II 2 b bb = S. 226ff

6) Dazu s. nachfolgend D II 2 a cc (2) = S. 220ff

7) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 42 zu § 223

§ 34 StGB braucht dagegen nur dort zurückgegriffen werden, wo nicht einmal hinreichende Anhaltspunkte für eine dem Willen des nicht voll entscheidungsfähigen Patienten gerecht werdende Mutmaßung erkennbar sind (z.B. bei Bluttransfusion für Zeugen Jehovas), der Eingriff aber jedenfalls vorsorglich zur Rettung aus einer sonst unabwendbaren Leibes- oder schweren Gesundheitsgefahr erforderlich erscheint¹. Diese speziellen Rechtfertigungsgründe ändern aber nichts daran, daß der Arzt grundsätzlich wegen Körperverletzung zu verurteilen ist, wenn die Einwilligung des Kranken wegen ungenügender Aufklärung nicht wirksam ist. Damit sind Voraussetzungen, Inhalt und Bedeutung der Einwilligung des Patienten klargestellt.

(2) Entscheidende Bedeutung für die Therapiewahl kann ferner die mutmaßliche Einwilligung erlangen, die - ebenso wie die tatsächlich erklärte Einwilligung - bei der kunstgerechten ärztlichen Heilbehandlung die Verwirklichung des Körperverletzungstatbestandes rechtfertigt².

Auf die mutmaßliche Einwilligung ist abzustellen, wenn der Patient an der Abgabe einer eigenen Erklärung gehindert ist und die erforderliche Behandlung sich nicht bis zur Möglichkeit einer solchen Erklärung aufschieben läßt. Dies kann insbesondere bei der Einlieferung eines bewußtlosen Patienten in eine Krankenanstalt der Fall sein, wenn ein lebensnotwendiger Eingriff sofort vorgenommen werden muß. Das gleiche gilt bei einer nicht aufschiebbaren Änderung oder Erweiterung einer bereits begonnenen

1) Sch-Sch-Eser aaO.

2) Vgl. Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 54ff vor §§ 32ff, Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 38 zu § 223, kritisch zur mutmaßlichen Einwilligung Hardwig GA 65, 161, 167ff

Operation¹. Zweifelsfragen stellen sich demgegenüber, wenn das Aufschieben einer ärztlichen Maßnahme nur untunlich ist. Damit der Arzt hier aufgrund mutmaßlicher Einwilligung tätig werden darf, müssen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, daß für den Patienten schon bei einem kurzfristigen Unterbleiben des Heileingriffs erhebliche gesundheitliche Schäden zu erwarten sind. Die erheblichen gesundheitlichen Schäden müssen in ihrem Gewicht in etwa den in § 224 StGB geregelten Fällen entsprechen, weil nur dann der Verzicht auf die tatsächliche Erklärung seiner Einwilligung durch den Patienten hingenommen werden kann. Andernfalls muß der Patient vor Beginn der ärztlichen Maßnahme über die Notwendigkeit einer etwaigen Änderung oder Erweiterung des Eingriffes aufgeklärt worden sein, damit bei Eintritt dieses Falles eine erneute Aufklärung unterbleiben kann.

Von einer mutmaßlichen Einwilligung des Kranken darf dann nicht ausgegangen werden², wenn sein Wille - mag er auch bei objektiver Betrachtung noch so unvernünftig erscheinen - der ärztlichen Maßnahme erkennbar entgegensteht³. Auch für das Institut der mutmaßlichen Einwilligung ist also vorrangig der Wille des Patienten zu ermitteln. Hinweise auf den mutmaßlichen Willen des Kranken sind dementsprechend

1) Vgl. Bockelmann NJW 1961, 945, 949; Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 92; Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 775; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 233; Rollin Dt. Ärztebl. 1979, 2276; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 45; ders. Kriminalistik 73, 64; Schwalm MDR 1960, 722, 725; Weimar, Arzt-Krankenhaus-Patient, S. 52

2) Vgl. im folgenden: Bundesärztekammer Dt. Ärztebl. 1979, 957; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 219f; Kleinknecht Med. Klin. 63 (1968), 772, 775; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 233; Rollin Dt. Ärztebl. 1979, 2276; Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 57 vor §§ 32ff - abw. Bockelmann NJW 1961, 945, 949; Bockelmann stellt den Willen eines "verständigen" Patienten anstelle des Willens des konkreten bewußtlosen Patienten in den Vordergrund

3) Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 57 vor §§ 32ff

stets zu berücksichtigen¹. Insoweit können beispielsweise sein bisheriges Verhalten² oder die Meinung von Angehörigen³ Bedeutung gewinnen. Fehlt es allerdings an Indizien für eine bestimmte Willensrichtung des Betroffenen, so kann davon ausgegangen werden, daß er eine nach objektiven Maßstäben vernünftige Entscheidung getroffen haben würde⁴. Der Arzt darf dann alle im wohlverstandenen Interesse des Kranken liegenden Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag durchführen⁵.

Einer Klärung bedarf die Reichweite des Institutes der mutmaßlichen Einwilligung, wenn dem Arzt mehrere Behandlungsvorfahren zur Verfügung stehen. Hier fragt es sich, ob jede mögliche Therapie durch die mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt werden kann.

Soweit keine Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen des Patienten ersichtlich sind, kann sich der Arzt unzweifelhaft auf den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung stützen, solange er Methoden der Schulmedizin⁶ anwendet. Dies beruht darauf, daß die Schulmedizin im Strafprozeß die unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich hat⁷.

1) Bundesärztekammer Dt. Ärztebl. 1979, 957

2) Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 233

3) Deutsch NJW 1980, 1305, 1307, 1308; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 38 zu § 223

4) Sch-Sch-Lenckner, StGB, Rdn 57 vor §§ 32ff

5) Beurteilungsmaßstäbe für die unvorhersehbare Änderung eines Operationsplans stellt OLG Frankfurt NJW 1981, 1322 auf

6) Dazu s.o. D I 2 a aa (1) (a) = S. 68ff

7) Vgl. oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff u. D II 1 c cc (1) (a) (cc) = S. 141f

Unklar und kaum diskutiert ist aber, ob sich eine mutmaßliche Einwilligung des Patienten auch bei der Praktizierung von medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen annehmen läßt.

In der Literatur wird die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung des Kranken für verfehlt gehalten, wenn es um die Durchführung von Organtransplantationen geht, die anders als etwa die Nierenverpflanzung noch nicht standardisiert sind (Herz-, Leberverpflanzungen)¹. Dies wird mit den Auswirkungen der Transplantation begründet, die der Patient durch die tatsächliche Erklärung seiner Einwilligung ausdrücklich in Kauf nehmen müsse. Es könne nicht die Rede davon sein, daß jeder verständige Mensch in der Situation des Kranken seine Einwilligung erteilt hätte. Selbst bei gelungener Transplantation sei die Lebenserwartung in der Regel nur gering, die Transplantation sei mit einer erheblichen Einschränkung der Möglichkeit zu eigener Lebensführung verbunden, und sie habe in aller Regel ein "reduziertes" Leben mit Beschwerden, Qualen und ständiger Abhängigkeit zur Folge².

Bei der Bestimmung der Reichweite des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung ist davon auszugehen, daß die ärztliche Therapiewahl aufs engste mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten verknüpft ist. Andererseits bedarf gerade der zu eigenen Erklärungen unfähige Kranke des Schutzes gegenüber Maßnahmen des Arztes, die er vor ihrer Durchführung nicht überprüfen kann.

Legt man die vorstehenden Erwägungen zugrunde, so ist die Anwendung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen zunächst dann durch die mutmaßliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt, wenn deutliche Anhalts-

1) Vgl. Henninger, Todesdefinition u. Organtransplantation, S. 137, 141f

2) Vgl. Henninger aaO. S. 137

punkte dafür bestehen, daß er ihre Anwendung gewollt hätte. Das ist etwa der Fall, wenn der Patient vorher schon Anhänger eines bestimmten Heilverfahrens oder einer bestimmten Richtung der Medizin (beispielsweise der Homöopathie) gewesen ist. Gleich steht es, wenn der Patient nach Erschöpfung der Möglichkeiten der Schulmedizin mutmaßlich jede Chance seiner Heilung ergriffen hätte. Beim Fehlen von Anhaltspunkten für einen anderen Willen des Kranken darf der Arzt von einer solchen Annahme ausgehen, wenn der Patient in höchster Lebensgefahr schwebt, die nach medizinischer Erfahrung nur noch durch eine geglückte ärztliche Behandlungsmaßnahme abzuwenden ist. Ebenso ist es, wenn der Patient ohne eine sofort zu ergreifende rettende Maßnahme des Arztes mit Sicherheit schwerste körperliche (etwa Lähmung) oder seelische (etwa psychische Defekte) Schäden zu erwarten hat.

Darüber hinaus könnten für die Bestimmung der Reichweite des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung die Vorschriften des neuen Arzneimittelgesetzes zu berücksichtigen sein. Gem. § 41 Nr. 5 S.3 AMG dürfen dem einwilligungsunfähigen Patienten in dringenden Fällen ohne vorherige Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder Pflegers neue Arzneimittel verabfolgt werden. Gem. § 41 S. 1 AMG setzt die Anwendung des § 41 Nr. 5 S. 3 AMG grundsätzlich die Erfüllung der Voraussetzungen des § 40 I-III AMG voraus; nach § 40 I Nr. 5 AMG ist vor dem klinischen Einsatz des Arzneimittels eine pharmakologisch-toxikologische Prüfung nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse durchzuführen. Weiter baut § 41 Nr. 5 S. 3 AMG auf § 41 Nr. 1 AMG auf. Danach muß die Anwendung des neuen Arzneimittels nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt sein, um das Leben des Kranken zu retten, seine Gesundheit wiederherzustellen oder sein Leiden zu erleichtern. Der Einsatz eines neuen Arzneimittels ohne vorherige Zustimmung des gesetzlichen

Vertreters oder Pflegers des einwilligungsunfähigen Patienten verlangt also eine Vorprüfung des Präparates, die dazu führen muß, daß dieses nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft als indiziert anzusehen ist. Unter den angeführten Voraussetzungen kann - mangels Anhaltspunkten für einen entgegenstehenden Willen - eine mutmaßliche Einwilligung des Kranken bzw. seines gesetzlichen Vertreters oder Pflegers in die Behandlung mit dem neuen Arzneimittel angenommen werden. Da auf diese Weise für einen hinreichenden Schutz des Kranken gesorgt ist und die Anwendung des neuen Arzneimittels bei Erfüllung der vorgenannten Erfordernisse objektiv vernünftig ist, lassen sich die Wertungen des Arzneimittelgesetzes auch auf die Praktizierung anderer neuer Behandlungsmethoden am einwilligungsunfähigen Patienten übertragen. Soweit kein anderer Wille des Patienten ersichtlich ist, kann deshalb in dringenden Fällen, die schulgemäßer Behandlung nicht mehr zugänglich sind, unter folgenden Voraussetzungen von der mutmaßlichen Einwilligung des Kranken in die Praktizierung einer Neulandbehandlung ausgegangen werden: Die wesentlichen Stationen vorklinischer Erprobung müssen so erfolgreich abgeschlossen sein, daß der Anerkennung als Schulmedizin nur noch die ausstehenden positiven Resultate klinischer Erprobung entgegenstehen dürfen¹.

Über diese Grenzen hinaus darf der einwilligungsunfähige Patient nicht mit medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen behandelt werden.

(3) Somit sind tatsächliche und mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgründe für die - selbst durch den sachgerechten Eingriff - tatbestandlich verwirklichte Körperverletzung des Arztes hinreichend erfaßt. Zu klären bleibt aber noch, welches Maß an Aufklärung - namentlich über die Therapiewahl - die wirksame Einwilligung voraussetzt.

1) Vgl. auch Fischer, Medizinische Versuche, S. 60f

b) Erstreckung der Aufklärungspflicht bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen auf Wahl der Behandlungsmethode und alternative Methoden der Schulmedizin

aa) Wie bereits erwähnt¹, ist Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung des Patienten in die Behandlungsmaßnahmen des Arztes, daß dieser seinen Aufklärungspflichten genügt. Nur ein Kranker, der sich über Art, Umfang und Folgen des ärztlichen Heileingriffes im klaren ist², kann rechtsgültig in diesen einwilligen. Eine Aufklärung ist auch erforderlich, soweit dem Arzt verschiedene Therapiemöglichkeiten zur Verfügung stehen, weil der Patient in dieser Hinsicht ebenfalls sein Selbstbestimmungsrecht wahrnehmen muß. Für die Bestimmung der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit ist die Frage von maßgeblicher Bedeutung, inwieweit die objektiven Anforderungen an die Therapiewahl des Arztes und seine diesbezüglichen Aufklärungspflichten sich gegenseitig ergänzen oder bedingen.

bb) Schon die Aufklärungspflichten, die den Arzt unabhängig von der Informierung des Kranken über seine Methodewahl treffen, haben erhebliches Gewicht³.

Unter Beachtung der Regel "volenti non fit iniuria" ist der Patient in der Weise aufzuklären, daß er Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs in seinen Grundzügen

1) S. vorstehend D II 2 a cc (1) = S. 214ff

2) Vgl. kritisch dazu FAZ Nr. 264 v. 12.11.1980 S. 31: "Chirurgen überstimmen Anästhesisten"

3) Vgl. auch die Überblicke bei Hayler, Wandlungen, S. 58ff; Oelkers, Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 35ff; zu den verschiedenen "Typen" der Aufklärung s. noch Deutsch NJW 1980, 1305, 1306; neue Ansätze zur rechtlichen Bewältigung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Bodenburg NJW 1981, 601, 604

erkennen¹ und in der Laiensphäre nachvollziehen kann². Dabei ist ihm eine sinnvolle Abwägung zu ermöglichen³. Als Maßstab der Aufklärung wird von der ganz Überwiegenden Meinung⁴ auf den verständigen Patienten abgestellt. Der Arzt soll sich also die Frage vorzulegen haben, ob irgendein verständiger Patient - und sei es nur aus besonderen Gründen - dem betreffenden Umstand solches Gewicht beimessen könnte, daß er aufgrund dieses Umstandes die Behandlung ablehnt⁵. Dieser Auffassung stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Bei der Aufklärung geht es um das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und nicht um das des verständigen Patienten, denn die Einwilligung des Kranken in die ärztlichen Behandlungsmaßnahmen, die durch die Aufklärung ermöglicht und herbeigeführt werden soll, ist eine individuelle Entscheidung. Daher ist der Patient als Individuum unter Berücksichtigung seiner individuellen Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit aufzuklären. Der Maßstab des verständigen Patienten kann jedoch bei der Frage Bedeutung gewinnen, ob dem Arzt ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist, wenn er die konkrete Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit seines jeweiligen Patienten verkannt hat und stattdessen vom Informationsbedürfnis eines "verständigen Patienten" ausgegangen ist. Jedenfalls wird in solchen Fällen der gegen den Arzt zu erhebende Schuldvorwurf in der Regel wesentlich geringer wiegen als in sonstigen Fällen nachlässiger Aufklärung. Der Maßstab des

1) Vgl. Giesen, Haftung des Arztes, S. 15

2) Vgl. Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11, 12

3) Vgl. Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 141, s. auch Engisch in Engisch/Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 11f

4) BVerfG NJW 1979, 1925, 1929, Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 57f; Goller, Ärztl. Heileingriff, S. 215-217; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 145 - vgl. aber andererseits BVerfG NJW 1979, 1925, 1931 (Minderheitsvotum), einschränkend auch BGH NJW 1980, 2751, 2752f

5) Grünwald aaO.

verständigen Patienten stellt darüber hinaus grundsätzlich das Mindestmaß der dem Arzt obliegenden Aufklärung dar, denn weniger als ein verständiger Patient darf kein Kranker informiert sein, der eigenverantwortlich entscheiden soll.

Inhaltlich muß sich die ärztliche Aufklärung zunächst darauf erstrecken, daß überhaupt ein Eingriff stattfinden soll¹. Der Patient kann verlangen, über die Natur des Eingriffs im großen und ganzen aufgeklärt zu werden², der Arzt muß mit ihm die Therapie in großen Zügen besprechen³. Das bedeutet, daß der Kranke über die gebotenen und beabsichtigten Maßnahmen, die Art der Behandlung aufzuklären ist⁴. So muß er etwa wissen, ob der Eingriff diagnostischen oder therapeutischen Zwecken dient⁵ bzw. ob der Arzt eine Injektion, Amputation, Exstirpation⁶, Transplantation, Bestrahlung o.ä. vornehmen will. Der Arzt hat den Kranken ebenso in Kenntnis zu setzen, wenn er zu einer Periduralanästhesie⁷ statt zu einer Allgemeinnarkose greifen will⁸. Nähere Erläuterungen sind erforderlich, wenn der Patient die Wirkungsweise eines Behandlungsverfahrens nicht ohne

1) BGH NJW 1978, 2337; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

2) BGH NJW 1978, 2337; vgl. auch BGH NJW 1972, 335, 336

3) BGHZ 29, 176, 181; OLG Hamm NJW 1976, 1157

4) Vgl. Brüggmann NJW 1977, 1473, 1474; Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 143; Köster, Haftung des Arztes, S. 53; Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11

5) LK-Hirsch, StGB, Rdn 18 zu § 226a

6) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 182 - Stichwort Exstirpation: totale operative Entfernung eines Organs oder einer Geschwulst

7) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 437 - Stichwort Periduralanästhesie = Epiduralanästhesie; aaO. S. 170 - Stichwort Epiduralanästhesie: Betäubung durch Einspritzen von Betäubungsmitteln in den Raum zwischen harter Hirnhaut und Wirbelkanal

8) BGH NJW 1974, 1422

weiteres verstehen kann: so kann im Einzelfall bei der Entfernung gemeiner Warzen durch Röntgenstrahlen eine nähere Aufklärung des Patienten geboten sein¹. Der Patient muß also in die Lage versetzt werden, die Grundzüge der ärztlichen Behandlung in laienhafter Weise zu erkennen. Dabei kann auch ein Vergleich des konkreten Eingriffs mit einer allgemein bekannten Operation wie der Blinddarmoperation zur Aufklärung des Kranken geeignet sein².

Entbehrlich ist eine Aufklärung über die Art der ärztlichen Maßnahme allerdings dann, wenn der Patient bereits informiert ist³ (der Patient ist selber Arzt oder er unterzieht sich zum wiederholten Male einer ähnlichen Operation). Darüber hinaus kann die Aufklärungspflicht des Arztes über die Vornahme bzw. die Art der Heilbehandlung nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden oder sogar ganz entfallen, denn das Selbstbestimmungsrecht des Kranken darf nicht unterlaufen werden. Die Aufklärung darüber, daß ein Eingriff stattfinden soll, darf grundsätzlich nur unterbleiben, wenn der Patient an einem Basedow-Syndrom leidet, bei dem schon die geringste psychische Erregung tödlich wirken kann und daher auch die entferntesten Operationsvorbereitungen zu verheimlichen sind⁴. In diesen Fällen hat das Vormundschaftsgericht dem Kranken aber grundsätzlich einen Pfleger oder Vormund zu bestellen, damit er hinreichend geschützt ist. Eine Aufklärung des an einem Basedow-Syndrom erkrankten Patienten ließe sich mit den Rechtsgütern des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit des Kranken nicht vereinbaren, da eine Aufklärung sogar zu einer tatbestandlichen Tötungshandlung durch den Arzt führen könnte.

1) BGH NJW 1972, 335, 336

2) BGH NJW 1976, 365 für Aufklärung über Operationsrisiko

3) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59, Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11, 12

4) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223 mwN

Wann die Aufklärung über die Art und Weise der Heilbehandlung eingeschränkt werden darf, ist schwierig zu beurteilen. Die Rechtsprechung verlangt hierfür zwingende therapeutische Erwägungen¹. Die gesundheitliche Gefährdung des Kranken durch die Aufklärung muß schwerer wiegen als die Beeinträchtigung seines Selbstbestimmungsrechts durch ein Unterlassen der Aufklärung. Dies ist dann anzunehmen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die ärztliche Mitteilung erheblichen neuen gesundheitlichen Schaden oder eine erhebliche Einschränkung des Heilerfolges nach sich ziehen würde². Einem Patienten kann beispielsweise verschwiegen werden, daß er einer Bestrahlung speziell mit Kobaltstrahlen unterzogen wird, wenn er dadurch auf die Natur seiner Erkrankung (Krebs) schließen könnte und er diese Diagnose nicht verkraften kann. Einem Patienten kann gleichfalls verschwiegen werden, daß das ihm verabfolgte Arzneimittel in Wahrheit ein Placebo (Leerpräparat) ist, das zu einer psychischen Beeinflussung seiner Krankheit dienen soll³. In solchen Fällen könnte der Arzt durch eine Aufklärung nämlich eine nicht nur unerhebliche und deswegen beachtliche Körperverletzung des Patienten auslösen bzw. entgegen seiner Garantenstellung zumindest teilweise dessen Genesung verhindern. Das verstößt aber gegen den Sinn der ärztlichen Aufklärungspflicht bzw. gegen den Sinn des Selbstbestimmungsrechtes des Kranken. Deshalb ist hier im Interesse des Kranken auf den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung⁴ zurückzugreifen^{5,6}, insoweit

1) BGH NJW 1972, 335, 337; OLG Hamm NJW 1976, 1157 - zum Standpunkt der Literatur vgl. Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 42 zu § 223

2) Vgl. LK-Hirsch, StGB, Rdn 18 zu § 226 a; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 42 zu § 223 mwN; vgl. aber auch BGHZ 29, 176, 185

3) Vgl. oben A II 1 b = S. 30ff

4) S. dazu oben D II 2 a cc (2) = S. 220ff

5) LK-Hirsch, StGB, Rdn 18 zu § 226 a; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 42 zu § 223

6) S. auch oben D II 2 a cc (1) = S. 214ff

sind alle Anhaltspunkte für den möglichen wirklichen Willen des Patienten zu berücksichtigen.

Der Patient ist weiter über die sicheren Folgen der Behandlung wie die Entfernung eines Organs und die Auswirkungen dieser Maßnahme für seinen Körper (etwa Notwendigkeit einer Hämodialyse nach operativer Entfernung der Nieren), die Funktionsunfähigkeit eines Gliedes (Versteifung eines Armes als Folge einer Operation), das Zurückbleiben von sichtbaren Narben¹ und dergleichen zu unterrichten². Vorauszusehende gesundheitliche Nebenwirkungen (wie beispielsweise eine deutliche Beeinträchtigung der Widerstandskräfte des Kranken) sind ihm mitzuteilen, soweit sie der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Behandlung bekannt sind³ und sie ein nicht nur unerhebliches Gewicht haben. Eine Einschränkung der Pflicht zur Aufklärung über die beschriebenen, unvermeidbareintretenden Auswirkungen der Behandlung ist für den einwilligungsfähigen Patienten abzulehnen, weil dieses Wissen für die eigenständige Willensbildung des Kranken unverzichtbar ist.

Einer genaueren Betrachtung bedarf die ärztliche Aufklärung über die Risiken seiner Behandlung⁴. Hier werden unterschiedliche Positionen vertreten. Teilweise wird verlangt, daß der Arzt den Patienten über die typischen Gefahren des von ihm eingeschlagenen Behandlungsweges aufklären müsse⁵. Typisch sollen dabei sowohl Gefahren sein, die statistisch

1) LK-Hirsch, StGB, Rdn 19 zu § 226 a; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

2) Vgl. auch Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 143

3) Vgl. Giesen, Haftung des Arztes, S. 15

4) Vgl. hierzu die Überblicke bei LK-Hirsch, StGB, Rdn 19 zu § 226 a; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

5) BGHZ 29, 46, 57f; 29, 176, 181f; BGH NJW 1980, 1905, 1907, 1976, 365; 1976, 363, 364; Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11, 12

häufig auftreten¹, als auch solche, die für die gewählte Heilmethode charakteristisch sind² (etwa Schwindelercheinungen als Dauerfolgen der operativen Behandlung einer Otosklerose^{3,4} oder Nahtinsuffizienz bzw. Fistelbildung nach einer Darmoperation). Andere stellen darauf ab, daß die Aufklärungspflicht des Arztes ihre Grenze erst an sehr seltenen, nach der Lebenserfahrung nicht einzuplanenden Gefahren finde⁵. Schließlich wird der Standpunkt vertreten, daß von einer Aufklärung über mögliche Zwischenfälle der Behandlung regelmäßig nur abgesehen werden dürfe, wenn diese Möglichkeit bei einem verständigen Menschen für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, ernsthaft nicht ins Gewicht fallen kann⁶.

Da die Aufklärung über den Heileingriff an den Kranken als Individuum gerichtet ist⁷, muß sich auch die Risikoaufklärung grundsätzlich am einzelnen Menschen, nicht aber am verständigen Patienten orientieren. Der Maßstab des verständigen Patienten behält jedoch insofern Bedeutung, als der Umfang der danach erforderlichen Aufklärung bei einem medizinisch nicht vorgebildeten Kranken in der Regel nicht unterschritten werden darf, um diesem eine eigenständige Entscheidung zu ermöglichen. Der dargestellte Maßstab

1) BGHZ 29, 46, 57f; 29, 176, 181f

2) BGH NJW 1980, 1905, 1907; 1976, 365; 1976, 363, 364

3) BGH NJW 1976, 363, 364

4) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 414 - Stichwort Otosklerose: anlagebedingte, zu fortschreitender Schwerhörigkeit führende Erkrankung des Mittelohrs

5) Vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 60; Hinderer, Die Aufgaben des Arztes, S. 124

6) BGH NJW 1976, 363, 364; 1972, 337; OLG Hamm NJW 1976, 1157; OLG Frankfurt NJW 1973, 1415, 1416; LK-Hirsch, StGB, Rdn 19 zu § 226 a; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

7) S. den Anfang dieses Abschnittes = S. 226-228

kann auch für einen gegen den Arzt möglicherweise zu erhebenden Schuldvorwurf eine Rolle spielen¹. Die Aufklärung über die Gefahren der ärztlichen Maßnahme darf aber niemals die besonderen persönlichen Umstände des Patienten aus den Augen verlieren². Der Arzt muß vielmehr auf Risiken hinweisen, wenn sie für den Kranken wegen spezieller persönlicher Bedürfnisse erkennbar als sehr schwerwiegend erscheinen³. So ist eine Chefsekretärin, die auf den Gebrauch einer voll funktionsfähigen Stimme angewiesen ist, besonders und ausführlich darüber aufzuklären, daß die Vornahme einer Kropfoperation eine Stimmbandlähmung zur Folge haben kann⁴; entsprechendes gilt für die Gefährdung der Sprachfähigkeit eines Schauspielers oder Vertreters⁵.

Fehlt es dem Arzt an Anhaltspunkten für die Notwendigkeit einer speziellen Aufklärung des Patienten, so ist es zutreffend, wenn er von dem Informationsbedürfnis des sog. verständigen Patienten ausgeht, der sich eine Vorstellung von den möglicherweise eintretenden nachteiligen Folgen der Behandlung machen soll⁶. Nur so lassen sich die Interessen von Arzt und Patient zu einem angemessenen Ausgleich bringen. Für den Arzt bedeutet dies zunächst, daß er den Patienten über die charakteristischen Gefahren des Heileingriffs in Kenntnis zu setzen hat⁷, also über die möglichen Folgen, die das spezifische Risiko der gewählten Behandlungsmethode widerspiegeln und nicht schon

1) S. den Anfang dieses Abschnittes = S. 226-228

2) Vgl. LK-Hirsch, StGB, Rdn 19 zu § 226 a; Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

3) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

4) OLG Karlsruhe NJW 1966, 399

5) Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

6) BGH MDR 1962, 45

7) BGH NJW 1980, 2751, 2753; 1980, 1905, 1907; 1976, 363, 364; 1976, 365

notwendig mit einer bestimmten Art der Behandlung (Wundfieber oder innere Blutungen als Folgen einer Operation) verbunden sind. Eine solche Risikoaufklärung ist auch dann erforderlich, wenn die spezifischen Folgen der jeweiligen Heilmaßnahme sehr selten sind¹, es darf sich nur nicht um eine bloß theoretische Möglichkeit handeln. Beispielsweise ist ein Patient, der an einer Tuberkulose des siebten und achten Brustwirbels mit Abzeßbildung leidet, auf die Gefahr einer teilweisen oder vollständigen Querschnittslähmung hinzuweisen², die durch die Operation ausgelöst werden kann. Vor einer Mittelohroperation ist der Kranke über das Risiko einer Gesichtslähmung aufzuklären^{3,4}. Bei der operativen Behandlung eines beiderseitigen Leistenbruchs ist dem Patienten die Gefahr eines Hodenverlustes mitzuteilen⁵.

Eine besonders ausführliche und intensive Aufklärung ist schließlich geboten, wenn der Arzt dem Patienten die Durchführung einer Operation vorschlägt, deren Indikation zweifelhaft ist und deren Mißerfolgsrisiko als hoch zu veranschlagen ist⁶.

Über diese spezifischen Gefahren einer Heilmethode hinaus kommt es für den Umfang der ärztlichen Aufklärung nicht oder jedenfalls nicht allein auf die erfahrungsgemäß zu

1) BGH NJW 1980, 1905, 1907; vgl. auch BGH NJW 1980, 633, 634f

2) BGH NJW 1976, 365

3) BGH NJW 1980, 1905, 1907

4) Vgl. auch die zu Beginn der Erörterung der Risikoaufklärung angeführten Bspe. der Operation einer Otosklerose u. einer Darmoperation = S. 232

5) BGH NJW 1980, 2751, 2753

6) BGH NJW 1981, 633

befürchtende Komplikationsdichte einer bestimmten Form der Behandlung wie einer Operation oder Bestrahlung an¹. Gegen einen solchen Standpunkt spricht, daß die Komplikationshäufigkeit statistisch weder zuverlässig erfaßt ist² noch für die von Fall zu Fall verschiedenen Verhältnisse verbindlich sein kann³; zudem handelt es sich hier um einen unangemessen starren Maßstab. Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Kranken ist es insoweit ausreichend, daß der Arzt allgemein das Risiko der Behandlung deutlich macht. So kann bei einer Operation ein Vergleich mit der Gefährlichkeit einer Blinddarmoperation durchaus genügen⁴, ohne daß der Arzt auf die Gefahr innerer Blutungen, der Bildung eines Blutgerinnsels oder eines Herzversagens besonders hinweisen muß. Der Arzt braucht also über die mit jedem Eingriff regelmäßig verbundenen Gefahren, die jedem Vernünftigen bekannt sind, nicht aufzuklären⁵; anders ist es nur dann, wenn im Einzelfall besondere Komplikationen zu befürchten sind oder wenn Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß der Patient für seine Willensbildung genauere Informationen benötigt. Soweit die genannten Einschränkungen nicht erfüllt sind, schuldet der Arzt auch über solche Gefahren keine Aufklärung, die zwar auftreten können, aber nach dem Stande der Wissenschaft mit ärztlichen Mitteln voraussehbar abzuwenden sind⁶ (etwa erforderlich werdende Stützung des Kreislaufs bei Operation eines

1) BGH NJW 1977, 337, 338; 19/2, 335, 337; LK-Hirsch, StGB, Rdn 19 zu § 226 a, Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223

2) Zu den Gefahren der Verwendung von Statistiken für das Strafrecht des Arztes vgl. oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) γ = S. 155ff

3) LK-Hirsch, StGB, Rdn 19 zu § 226 a

4) Vgl. BGH NJW 1976, 365

5) Erdsiek NJW 1959, 807, 808; vgl. auch BGH NJW 1978, 2337 (Blinddarmoperation)

6) BGHZ 29, 46, 57f; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59; Erdsiek aaO.

konstitutionell durchschnittlich veranlagten Patienten). Ausnahmen von der Aufklärung über das Risiko der Heilbehandlung sind unter entsprechenden Voraussetzungen möglich, wie sie oben¹ als Ausnahmen von der Aufklärungspflicht über die Art und Weise der Heilbehandlung dargestellt wurden.

In der Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob der Arzt den Patienten auch über den bei ihm festgestellten Befund aufklären muß. Die Überwiegende Auffassung² nimmt eine solche Verpflichtung des Arztes grundsätzlich an, die Gegenmeinung³ verlangt eine Diagnoseaufklärung nur für den Fall, daß diese erforderlich ist, um dem Kranken eine eigenverantwortliche Entscheidung zu ermöglichen. Der von der Gegenmeinung beschriebene Ausnahmefall dürfte aber tatsächlich der Regelfall sein. Für den Patienten ist nämlich in aller Regel das Wissen um den (laienhaft begreiflichen) Befund für die Entscheidung, sich überhaupt einem Eingriff zu unterziehen, und für die Wahl des damit zu betrauenden Arztes von großer, wenn nicht sogar von entscheidender Bedeutung⁴. Die Diagnoseaufklärung kann zudem verhindern, daß der Patient einem Eingriff zustimmt, weil er die aus der Erkrankung entstandene Gefahr überschätzt⁵ (z.B. Patient hält eine gutartige Geschwulst für einen bösartigen Tumor). Aus diesen Gründen hat der Arzt den Kranken grundsätzlich über den bei ihm festgestellten Befund zu unterrichten. Ausnahmen von dieser Aufklärungspflicht sind -

1) Vgl. oben S. 230

2) BGH bei Dallinger MDR 1955, 270 zu § 218; grds. ebenso: RGSt 66, 181, 182; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S.60f; Brügmann NJW 1977, 1473, 1474; Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S. 1329f - für den Regelfall aa. Grünwald, Heilbehandlung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 141f

3) Maurach-Schroeder, Strafrecht BT, Teilband 1, § 8 II 2 c = S. 86; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223; Wilts MDR 1971, 4, 7

4) LK-Hirsch, StGB, Rdn 16 zu § 226 a

5) LK-Hirsch aaO.

wie sonst auch¹ - anzunehmen, wenn der Aufklärung zwingende therapeutische Erwägungen entgegenstehen, namentlich also dann, wenn neuer Schaden für die geistig-seelische Gesundheit des Kranken zu besorgen ist². Dies kommt insbesondere bei Erkrankungen im Bereich der Psychiatrie³ und bei Krebs⁴ in Betracht.

Für die Aufklärungspflicht gilt allgemein, daß der Arzt sich umso genauer daran halten muß, je schwerwiegender der Eingriff ist⁵. Umgekehrt nimmt die Intensität jedweder Aufklärung ab, je dringender die Indikation des Eingriffes ist⁶. Dies beruht darauf, daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verstärkt Beachtung verlangt, wenn es für ihn um besonders ernst zu nehmende Folgen geht: hier muß dem Patienten eine besonders gründliche Willensbildung ermöglicht werden. Ist dagegen im Interesse der Gesundheit des Kranken eine unverzügliche Vornahme des ärztlichen Heileingriffes geboten, so darf der Arzt sich aus diesem Grunde mit einem geringeren Umfang der Aufklärung begnügen, solange er - mangels gegenteiliger Anhaltspunkte - davon ausgehen darf,

1) Vgl. oben S. 230

2) Engisch, Die rechtl. Bedeutung der ärztl. Op., S.1329f, Giesen, Haftung des Arztes, S. 15f; für die Krebserkrankung vgl. auch: Bauer, Aufklärung u. Sterbehilfe bei Krebs in Festschr. für Bockelmann, S. 497ff; Engisch, Aufklärung u. Sterbehilfe bei Krebs in Festschr. für Bockelmann, S. 519ff - insbes. S. 525ff; weniger strenge Voraussetzungen für Nichtaufklärung bei Deutsch NJW 1980, 1305, 1306, 1307

3) Vgl. Schwarz, Aufklärungspflicht in der Psychiatrie, insbes. S. 88

4) Engisch in Engisch/Hallermann, Aufklärungspflicht, S.37; Kuhlendahl Dt. Ärztebl. 1978, 1984-2006

5) Vgl. BGHZ 29, 176, 181; Brandt, Grenzen der ps. ärztl. Haftung, S. 19; Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11,12; Preisendanz, StGB, Anm. II 3 zu § 223

6) BGHSt 12, 379, 382; s. auch BGH NJW 1962, 335, 337; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59; Hinderer, Aufgaben des Arztes, S. 64f; LK-Hirsch, StGB, Rdn 14 zu § 226 a; Schlund VersR 1977, 496, 501; vgl. auch Giesen, Haftung des Arztes, S. 15; Nentwig Brem. Ärztebl. 1979, 11, 12

daß der Patient hiermit einverstanden ist. Es ist jedoch stets sicherzustellen, daß der Kranke noch eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen kann. Ist dies wegen der Unaufschiebbarkeit der ärztlichen Maßnahme nicht mehr möglich, so kommt nur noch der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung in Betracht.

cc) Für die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit ist die Aufklärungspflicht des Arztes über die von ihm getroffene Methodenwahl ein maßgeblicher Faktor. Nur dann stellt die weitgehende ärztliche Therapiefreiheit kein einseitiges Privileg des Arztes dar, wenn sie mit entsprechenden Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten einhergeht.

(1) Im Grundsatz anerkannt ist, daß der Arzt den Kranken über die Existenz von Behandlungsalternativen aufzuklären hat¹. Eine Alternative in diesem Sinne ist auch die Nichtbehandlung. Der Arzt darf daher den Patienten nicht uneingeschränkt zur Einwilligung in einen Heileingriff auffordern, wenn der Kranke bei Beachtung von Vorsichtsregeln mit seinem Leiden durchaus weiterleben könnte². Über diese Möglichkeit muß sich der Patient im klaren sein. Das gleiche gilt etwa, wenn die Amputation eines mißgebildeten Gliedes und seine Ersetzung durch eine Prothese in Betracht kommt, aber auch ganz auf die Amputation verzichtet werden kann³.

1) Vgl. Bockelmann NJW 1961, 945, 948; Engisch, Aufklärung u. Sterbehilfe bei Krebs in Festschr. für Bockelmann, S. 519, 524; Hardwig GA 65, 161, 164; LK-Hirsch, StGB, Rdn 18 zu § 226 a; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2280; vgl. auch Perret Med. Klin. 71 (1976), 2090; ebenso: § 3 I KastrG v. 15.8.1969, BGBI. I S. 1143, BGBI. III 453-16

2) Vgl. das Beispiel bei Hardwig GA 65, 161, 164

3) Bockelmann NJW 1961, 945, 948

Die Aufklärungspflicht über die verschiedenen Behandlungsmöglichkeiten ergibt sich nicht nur aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, sondern folgt auch aus der Garantenstellung des Arztes: Kraft seiner Garantenstellung muß er dem Patienten alle ernstlich in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten aufzeigen; gegen oder ohne den Willen des Kranken darf er nicht nach einer bestimmten Behandlungsmethode vorgehen¹. Das beruht darauf, daß der Arzt aufgrund seiner Garantenstellung eine Betreuungspflicht für den Patienten hat. Diese Betreuungspflicht verpflichtet den Arzt ebenfalls dazu, dem Patienten eine eigenständige Beurteilung zu ermöglichen, wenn für dessen Behandlung wesentlich verschiedene Methoden mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen in Betracht kommen. Hier muß der Arzt dem Patienten aufgrund seiner Betreuungspflicht helfen, die unterschiedliche Belastung bei der Durchführung der verschiedenen Heilverfahren, die durch verschiedene Therapiemöglichkeiten ausgelöste unterschiedliche Beeinträchtigung der Lebensqualität des Kranken nach Abschluß der ärztlichen Maßnahme u.ä. richtig einzuschätzen².

Selbst wenn der Arzt unter verschiedenen Gesichtspunkten zur Aufklärung des Patienten über alle ernstlich in Betracht zu ziehenden Behandlungsalternativen verpflichtet ist, darf er sich persönlich doch grundsätzlich auf die Praktizierung einer bestimmten Therapie festlegen. So darf ein Arzt, der den Patienten darüber aufgeklärt hat, daß zur Bekämpfung von dessen Krebserkrankung sowohl Operation als auch Bestrahlung erwägenswerte Möglichkeiten sind, sich selbst nur zu einer Strahlentherapie bereit erklären. Anders ist es allerdings dann, wenn der Arzt zu der Anwendung der anderen Therapie in der Lage ist, es sich bei

1) S.o. D I 2 a bb (1) (a) = S. 76f

2) S.o. D I 2 a bb (1) (a) = S. 76f

ihr im Gegensatz zu dem vom Arzt praktizierten Heilverfahren um eine anerkannte Behandlung der Schulmedizin handelt und für den Patienten keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Beispielsweise können die Eltern eines an Diphtherie erkrankten Kindes in einem Notfall von einem homöopathischen Arzt verlangen, daß er ihr Kind mit dem zur Verfügung stehenden Diphtherieserum statt mit homöopathischen Mitteln behandeln solle. Die Verpflichtung des Arztes zur Anwendung der vom Patienten gewählten schulgemäßen Therapie ist in solchen Notfällen - sofern keine Garantenpflicht besteht - aus § 323 c StGB herzuleiten. Die Hilfeleistungspflicht des Arztes bedeutet hier umgekehrt für den Patienten, daß er vom Arzt im Rahmen des Zumutbaren die Praktizierung von Verfahren der Schulmedizin verlangen kann, weil diese die Vermutung der Richtigkeit für sich haben¹.

(a) Den Arzt treffen weitgehende Aufklärungspflichten über seine Therapiewahl, insbesondere dann, wenn er nicht schulgemäße Behandlungsverfahren anwendet.

(aa) Will der Arzt ein von der Schulmedizin abweichendes Verfahren praktizieren, muß er den Patienten unmißverständlich auf diese Tatsache hinweisen². Das Wissen des Patienten, er werde einer nicht schulgemäßen Behandlungsmethode unterworfen, ist erforderlich, weil medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen nicht die im Straf-

1) Vgl. dazu oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff u. D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

2) Dazu vgl. BGH NJW 1974, 1422; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 59f; Engisch, Aufklärung u. Sterbehilfe bei Krebs in Festschr. für Bockelmann, S. 519, 524; Geiger, Wie frei ist der Arzt, S. 91; Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 87 - s. auch S. 70, 81, 91; Krauß, Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung in Festschr. für Bockelmann, S. 571f; Ludolph Dt. Ärztebl. 1979, 2278, 2280; Möllhoff Dt. Rentenvers. 1974, 229, 232; vgl. auch BGH NJW 1978, 587, 588; anders. Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 152

prozeß unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich haben¹. Sofern das von der Schulmedizin abweichende Heilverfahren die oben (S. 142ff) aufgestellten objektiven Mindestvoraussetzungen erfüllt, bedarf es daher für seine Zulässigkeit neben der grundsätzlich erforderlichen Einwilligung des Kranken in Art, Umfang und Folgen der Behandlung noch zusätzlich der ausdrücklich oder schlüssig zu erklärenden Einwilligung des Patienten in die Praktizierung einer Behandlungsmethode, die nicht mit der Schulmedizin übereinstimmt.

(aaa) Die Pflicht zur Aufklärung über ein von der Schulmedizin abweichendes Verfahren besteht grundsätzlich bei Außenseitermethoden². Wer eine Diphtherie mit homöopathischen Mitteln statt mit Serum behandelt, muß dem Kranken die Tatsache seiner medizinischen Außenseiterstellung un-
zweideutig klar machen³. Ausnahmen von dieser Pflicht kommen in Betracht, wenn der Patient den Arzt und seine Einstellung kennt bzw. ihn durch seine Praxisbezeichnung (etwa: homöopathischer Arzt o.ä.) als Verfechter einer Außenseitermethode erkennt. Darauf wird noch näher einzugehen sein⁴.

1) Dazu s.o. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff und D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

2) Dazu vgl. noch: RGSt 67, 12, 24 - oben B I 2 = S. 37ff
RG HRR 1938, 857; Kallfelz JW 1937, 3090, 3091;
Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 271; Uhlenbruck DMW 1968, 2136

3) Vgl. Kallfelz JW 1937, 3090, 3091 Anm. zu RG JW 1937, 3087 Nr. 14 - oben B I 3 = S. 39f

4) S. dazu nachfolgend D II 2 b cc (1) (a) (ee) (aaa) = S. 251

(bbb) Eine entsprechende Aufklärungspflicht wie bei medizinischen Außenseitermethoden muß bei Neulandbehandlungen gelten¹. Abzulehnen ist die gegenteilige Auffassung². Sie stellt darauf ab, daß die neue Heilmethode ja nur zum Besten des Kranken dienen solle. Diese solle gegenüber bereits geübten Behandlungsweisen bessere Heilungsaussichten bieten oder gar bei einer Krankheit Hilfe bringen, die bisher einer Behandlung nicht zugänglich war. Die Einstellung des Kranken dürfe nun nicht durch das Bewußtsein beeinflusst werden, daß gerade an ihm eine neue Behandlungsweise zum ersten Male Anwendung finden solle. Das Vertrauen in die Heilkraft der Therapie müsse dadurch zwangsläufig sinken und so überhaupt der Erfolg der Behandlung in Frage gestellt werden³.

Schon die psychologischen Voraussetzungen dieser Auffassung sind zweifelhaft, denn es ist ebenso gut denkbar, daß der Patient wieder Hoffnung schöpft und damit eine bessere Genesungschance erhält, wenn er erfährt, daß bei ihm ein neues Behandlungsverfahren angewendet werden soll. Eine Einschränkung der Aufklärungspflicht bei Neulandverfahren wird auch deren erhöhtem Risiko nicht gerecht, denn Neulandverfahren sind in aller Regel praktisch wesentlich weniger erprobt als sonstige Heilmethoden; regelmäßig sind auch ihr Wert, also ihre Vor- und Nachteile, in der wissenschaftlichen

1) Dazu vgl. noch: RG Recht 1908 Nr. 3413; Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 46f; Engisch in Engisch/Hallermann, Aufklärungspflicht, S. 35; Fischer, Medizinische Versuche, S. 57ff; Giesen, Haftung des Arztes, S. 21f, 26f, 30f; Kohlhaas MMW 64, 2281, 2288; Köster, Haftung des Arztes, S. 53f, 57f, 69f; Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 268 - s. auch S. 276; Uhlenbruck Med. Klin. 69 (1974), 445, 446, 447

2) Vgl. Gebauer, Zulässigkeit ärztlicher Experimente, S. 40-42

3) Vgl. Gebauer aaO.

Diskussion noch nicht hinreichend geklärt¹. Dieses erhöhte Risiko kann nur durch die Einwilligung des Patienten in die Praktizierung eines Neulandverfahrens wieder ausgeglichen werden. Der Patient muß deshalb darüber aufgeklärt werden, daß an ihm eine Neulandbehandlung vorgenommen wird.

Für eine Aufklärung des Kranken über die Tatsache der Anwendung eines neuen Heilverfahrens sprechen zudem die Aufklärungserfordernisse, die bei der Verwendung neuer Arzneimittel schon kraft Gesetzes bestehen. Sofern die neuen Arzneimittel mit konkretem therapeutischen Zweck im Rahmen einer klinischen Prüfung dem Patienten verabreicht werden, ist dieser gem. § 41 S. 1 iVm. § 40 I Nr.2, II Nr. 1, IV Nr. 4 AMG, § 41 Nr. 3,4,5,7 AMG regelmäßig über Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung aufzuklären². Eine Verletzung dieser Pflicht ist in § 96 Nr. 10 AMG unter Strafe gestellt worden. Eine Körperverletzung unter Verstoß gegen solche Pflichten ist aber auch im Bereich des allgemeinen Strafrechts als strafbar anzusehen, weil dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht genügt wird und es daher an seiner wirksamen Einwilligung in den Heileingriff fehlt. In der Literatur wird bei den Aufklärungspflichten im Hinblick auf die Anwendung neuer Arzneimittel teilweise noch differenziert zwischen Medikamenten, die eine Weiterentwicklung bekannter Präparate darstellen³, und Medikamenten, die einen bislang unbekannten Wirkstoff enthalten⁴. Zumindest für die Rechtspflichten, deren Verletzung eine strafrechtliche Sanktion auslöst, hat diese Unterscheidung aber nur geringe Bedeutung; wendet der Arzt

1) Vgl. dazu oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff und D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

2) Vgl. auch Köster, Haftung des Arztes, S. 72f

3) Vgl. Oelkers, Ärztliche Aufklärungspflicht - insbes. bei neuartigen Medikamenten, S. 86f

4) Oelkers aaO. S. 88

Arzneimittel an, die eine Weiterentwicklung bekannter Präparate darstellen, so hat er zwar die Möglichkeit, auf diese Tatsache hinzuweisen. Dies entlastet ihn aber nicht von seiner Pflicht zur Aufklärung darüber, daß es sich grundsätzlich um ein neues Arzneimittel mit allen Gefahren neuer Arzneimittel handelt.

Im Rahmen klinischer Arzneimittelprüfungen werden auch neue Präparate im Vergleich mit Standardpräparaten verordnet. Dieses Vorgehen wurde oben (S. 32) noch dem Bereich ärztlicher Therapie zugeordnet. Da es bei derartigen Tests unerwünschte Placebo-Effekte¹ auszuschalten gilt, ist es hier erforderlich aber auch genügend, daß der Patient bereits bei seiner Aufnahme in die Klinik auf die Möglichkeit solcher Verfahren, die Neuheit des eventuell verabreichten Präparates und dessen mögliche Auswirkungen deutlich hingewiesen wird.

Schließlich könnte eine besondere Aufklärung über die Risiken von Arzneimitteln erforderlich sein, für die nach § 49 I AMG eine automatische Verschreibungspflicht besteht. Diese Arzneimittel sind u.a. dadurch gekennzeichnet, daß sie Stoffe enthalten, deren Wirkungen in der medizinischen Wissenschaft nicht allgemein bekannt sind. Für die Arzneimitteltherapie sind diese Präparate deshalb als neu anzusehen. Dementsprechend wird in der Literatur auch eine besondere Risikoaufklärung verlangt². Dieser Auffassung ist für das allgemeine Strafrecht beizupflichten. Es kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen, daß auch die verschreibungspflichtigen Arzneimittel öffentlichrechtlich als wirksam zugelassen sind, §§ 21ff AMG, insbesondere § 25 II Nr.4 AMG, und deshalb im verwaltungsrechtlichen Sinne ihr therapeutischer Nutzen feststeht. Im Strafrecht kommt es für

1) Dazu D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) $\propto$ = S. 151f

2) Vgl. Köster, Haftung des Arztes, S. 75f

die Zulässigkeit von Heilbehandlungen vielmehr stets auf die Einwilligung des individuellen Patienten an. Dieser muß über alle für die Behandlung wesentlichen Faktoren informiert werden, u.a. also auch über die Tatsache, daß bestimmte Wirkstoffe oder Wirkungen eines Arzneimittels in der medizinischen Wissenschaft noch nicht allgemein bekannt sind. Ohne zwingenden Grund darf das Selbstbestimmungsrecht des Kranken nicht eingeschränkt werden.

Somit setzt die Beurteilung, ob den Aufklärungspflichten über die Anwendung einer Neulandmethode bei Arzneimitteln genügt ist, eine genaue Betrachtung der konkreten Sachlage voraus. Entsprechend ist bei sonstigen Neulandverfahren vorzugehen.

(ccc) Bei der Anwendung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen könnte weiterhin eine strengere Diagnoseaufklärung als bei schulgemäßer Behandlung geboten sein. Von der Rechtsprechung und dem Überwiegenden Schrifttum wird zu Recht¹ schon grundsätzlich - also unabhängig davon, ob die Behandlung schulgemäß ist oder nicht - eine Aufklärung über den Befund verlangt. Die dafür angeführten Gründe treffen auch für medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen uneingeschränkt zu. Hier ist aber eine Diagnoseaufklärung in noch verstärktem Maße erforderlich², weil der Patient nur bei Kenntnis des bei ihm festgestellten Befundes das Risiko der Praktizierung einer von der Schulmedizin abweichenden Heilmethode zu treffend abschätzen kann. Deshalb ist bei diesen Behandlungsverfahren eine Einschränkung der Pflicht zur Aufklärung über die ärztliche Diagnose aus therapeutischen Gründen nur unter noch engeren Voraussetzungen zulässig, als sie

1) S. D II 2 b bb = S. 226ff - bes. S. 236f

2) aA. wohl Deutsch; Medizin u. Forschung, S. 46

bei schulgemäßer Behandlung gelten¹. Eine solche Einschränkung kann nur anerkannt werden, wenn sie aus zwingenden gesundheitlichen Erwägungen im Interesse des Kranken unabweisbar geboten ist. So kann es der Arzt etwa bei besonders labilen Patienten vermeiden, das Wort Krebs fallen zu lassen, wenn er ihnen auf andere Weise den Ernst der Lage hinreichend deutlich machen und damit eine hinreichende Beurteilung der für die Einwilligung maßgeblichen Faktoren ermöglichen kann.

(bb) Ebenso wie bei der Praktizierung medizinischer Außen-seitermethoden und Neulandbehandlungen muß der Arzt den Patienten darüber aufklären, daß er bei bestehender Wahlmöglichkeit das Heilverfahren mit dem größeren Risiko einschlagen will². Dasselbe gilt auch für verschiedene Diagnoseverfahren. Will der Arzt beispielsweise klären, ob der Kranke an einer Aplasie³ oder einer Hypoplasie⁴ der Niere leidet, so kommen als Untersuchungsmethoden sowohl eine Schichtuntersuchung als auch eine Renovasographie⁵ in Betracht⁶. Die Renovasographie ist dabei gefährlicher als die Schichtuntersuchung. Bei ihr besteht ein nicht ganz unerhebliches Todesrisiko⁷. Die Hauptgefahr der Renovasographie ist die Auslösung eines oft tödlich verlaufenden

1) S. D II 2 b bb = S. 226ff - bes. S. 236f

2) Vgl. Sen-Sch-Eser, StGB, Rdn 41 zu § 223; Uhlenbruck NJW 1972, 2201, 2202

3) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 49 - Stichwort Aplasie, Aplasia: angeborenes Fehlen eines Organs

4) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 261 - Stichwort Hypoplasie: unvollkommene Ausbildung bzw. Unterentwicklung von Geweben oder Organen

5) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 502 - Stichwort Renovasogramm: Röntgenbild der Nierengefäße

6) Vgl. den Fall OLG Frankfurt NJW 1973, 1415

7) OLG Frankfurt aaO. S. 1415ff

anaphylaktischen Schocks¹ infolge einer Kontrastmittelallergie des Patienten. In allerdings seltenen Fällen kann auch eine Querschnittslähmung beim Kranken eintreten², indem während einer kurzzeitigen Sauerstoffminderversorgung statt sauerstofftragendem Blut Kontrastmittel in die Lumbalarterien fließt und dort kleine Embolien entstehen. Hält der Arzt die Renovasographie ungeachtet dieser Gefahren dennoch für angezeigt, so muß er den Patienten von ihren Risiken und der alternativen Möglichkeit einer Schichtuntersuchung unmißverständlich in Kenntnis setzen³.

(cc) Für das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist die Aufklärung über die Tatsache der Anwendung medizinischer Außenseitermethoden bzw. Neulandbehandlungen oder von Heilverfahren mit größerem Risiko jedoch noch nicht ausreichend. Eine echte Wahlmöglichkeit hat er erst dann, wenn er über die Grundzüge schulgemäßer Behandlung informiert ist⁴.

So hätte der Krebsarzt Dr. Issels vor Beginn seiner internen Tumorthherapie bei einem an Stimmbandhalskrebs im Bereich des inneren Kehlkopfkörpers erkrankten Patienten diesem eine genaue Aufklärung geschuldet⁵: Soweit der Patient sich hierüber nicht bereits bei seiner Aufnahme in die

1) Duden, Wörterbuch mediz. Fachausdrücke, S. 523 - Stichwort anaphylaktischer Schock: oft tödlich verlaufender Schock infolge Überempfindlichkeit gegenüber wiederholter parenteraler Zufuhr desselben Eiweißkörpers

2) OLG Frankfurt aaO. S. 1415ff

3) OLG Frankfurt aaO. S. 1417

4) RG HRR 1938, 857, Bauer NJW 1963, 369, 372, Kallfelz JW 1937, 3090, 3091 Anm. zu RG JW 1937, 3087 Nr. 14 - oben B I 3 = S. 39f; Sch-Sch-Cramer, StGB, Rdn 215 zu § 15

5) Vgl. BGH NJW 1962, 1780, 1782, Gliederungspunkt IV, 1. Sp., 3. Abs. - zu dieser Entscheidung s. auch oben B I 7 = S. 42f

Klinik von Dr. Issels im klaren war¹, hätte Dr. Issels ihn darauf hinweisen müssen, daß die Schulmedizin Krebs mit Operation und Bestrahlung behandle und daß in seinem Falle für eine Operation zusätzlich spräche, daß sich der Tumor noch auf den operativ besonders günstig anzugehenden inneren Kehlkopf beschränke. Erst mit dem Einbruch des Tumors in den äußeren Kehlkopfkörper sinken die Chancen einer erfolgreichen Operation erheblich².

Die medizinischen Außenseiter und die Verfechter von Neulandbehandlungen schulden also Aufklärung über die alternative schulgemäße Behandlung, bezogen auf die Umstände des konkreten Falles. Über medizinische Einzelheiten oder auch Erfolgsstatistiken brauchen sie allerdings nur auf Nachfrage des Patienten - wahrheitsgemäße und vollständige - Auskunft geben. Die Aufklärung muß so sein, daß der Patient über das Vorgehen der Schulmedizin unterrichtet ist und auch die Umstände kennt, die gerade für seinen Fall von Gewicht sind.

Diese erweiterten Aufklärungspflichten beruhen auf der schon wiederholt angesprochenen höheren Risikohaftigkeit der Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen: Der Arzt darf diese zulässigerweise nur dann anwenden, wenn er seinen Patienten hiervon überzeugt. Der Patient muß genau wissen, worauf er sich einläßt. Er muß beispielsweise wissen, ob er auf eine anerkannte Methode mit gesicherter Erfolgsquote deshalb verzichten will, weil er die Unannehmlichkeiten dieser

1) Das geht aus dem mitgeteilten Sachverhalt des Urteils, NJW 1962, 1780, 1782, nicht hervor

2) S. die Ausführungen bei BGH aaO. - ob im Issels-Fall diesen Anforderungen entsprochen wurde, geht aus dem Urteil nicht hervor; vgl. weiter die Erörterung dieses Falles unter dem Aspekt der nötigen Sachkunde oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) (aaa) = S. 119ff

Behandlung (Operation, Bestrahlung) scheut, er die Herabsetzung der Lebensqualität bei der Standardmethode (dauernde Abhängigkeit von Medikamenten, bleibende Behinderung) ablehnt oder weil er nur einem bestimmten Arzt vertraut.

Die ärztliche Therapiewahl findet also bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen ihre Ergänzung in der unmißverständlichen Aufklärung über diese Tatsache; desweiteren ist über die Grundzüge der dazu im Gegensatz stehenden schulgemäßen Behandlung aufzuklären; besondere Umstände des Einzelfalles sind zu berücksichtigen.

(dd) Die grundsätzlich festgelegten Aufklärungspflichten können noch unter verschiedenen Gesichtspunkten verschärft sein.

Ein entscheidendes Kriterium ist dabei die Notwendigkeit der Behandlung¹. Der Arzt schuldet eine erhöhte Aufklärung, wenn er seine medizinische Außenseitermethode oder Neulandbehandlung bei akut lebensgefährlichen Erkrankungen praktiziert bzw. bei der Erkrankung schwere Folgewirkungen zu besorgen sind². Dies beruht darauf, daß die von der Schulmedizin abweichenden Verfahren bislang nicht in der wissenschaftlichen Diskussion bestanden bzw. sich nachhaltig praktisch bewährt haben und sie deshalb nicht wie die Verfahren der Schulmedizin die Vermutung der Richtigkeit für sich haben³. Dieses Argument gewinnt in dem Maße an Gewicht wie die zu bekämpfende Krankheit bedrohliche Ausmaße annimmt und die Gefahren für den Patienten steigen.

1) Vgl. Oelkers, Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 88ff

2) Vgl. Kallfelz JW 1937, 3090, 3091 Anm. zu RG JW 1937, 3087 Nr. 14 - oben B I 3 = S. 39f

3) Vgl. dazu oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa)=S.117ff und D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

Dem muß aber auch die Intensität der Aufklärung des Kranken Rechnung tragen. Anders kann es dann sein, wenn die Schulmedizin bereits versagt hat¹. In einem solchen Fall stellt nämlich die Anwendung der Verfahren der Schulmedizin keine Alternative mehr dar. Für medizinische Außen-seitermethoden und Neulandbehandlungen kann weiterhin der sonst anzuerkennende Satz² keine Geltung beanspruchen, daß um soweniger aufgeklärt zu werden braucht, je dringender der Eingriff ist: eine derartige Aufklärung würde dem Risiko nicht gerecht, welches die Anwendung nicht schulgemäßer Heilmethoden in eiligen oder sogar Notfällen bedeutet.

Aus den vorstehend angeführten Gründen ergibt sich, daß für den Umfang der Aufklärungspflicht auch die Gefährlichkeit der medizinischen Außen-seitermethode oder Neulandbehandlung eine Rolle spielt³. Bei Neulandbehandlungen muß die Aufklärung dementsprechend um so größer sein, je neuartiger und unerprobter die beabsichtigte Behandlungsmethode ist, je kürzer die Zeit ihrer bisherigen Anwendung und je geringer die gesammelten Erfahrungen sind⁴.

Allgemein läßt sich danach für die Aufklärungspflicht des Arztes bei Wahl einer von der Schulmedizin abweichenden Heilmethode folgender Grundsatz entwickeln: Die Aufklärungspflicht steigt in dem Maße an, je gefährlicher und je unerprobter die medizinische Außen-seitermethode bzw. Neulandbehandlung ist und je höher die gesicherte Erfolgschance der Schulmedizin ist.

1) S. auch Oelkers, Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 91

2) S.o. D II 2 b bb aE. = S. 237f

3) Köster, Haftung des Arztes, S. 72: Bei Anwendung neuer Arzneimittel um so mehr Aufklärung je größer Gefahr von Nebenwirkungen

4) Vgl. Giesen, Haftung des Arztes, S. 21; Köster, Haftung des Arztes, S. 70, 72; Laufs NJW 1978, 1177, 1178

(ee) Andererseits fragt es sich, ob es auch von der Aufklärungspflicht des Arztes im Hinblick auf die Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen Ausnahmen gibt.

(aaa) Eine solche Ausnahme kommt zunächst in Betracht, wenn der Patient den Arzt und seine wissenschaftliche Außenseiterstellung kennt bzw. ihn durch seine Praxisbezeichnung (etwa homöopathischer Arzt) o.ä. als Verfechter nicht schulgemäßer Verfahren erkennt¹. So weiß regelmäßig derjenige, der bei einer Diphtherie einen als Homöopath ausgewiesenen Arzt aufsucht, daß seine Erkrankung ausschließlich mit homöopathischen Mitteln statt mit Diphtherieserum behandelt wird². Ein Arzt, dessen Abweichen von der Schulmedizin nach außen deutlich erkennbar ist, braucht nicht mehr besonders auf seine Außenseiterstellung oder seine Stellung als Verfechter von Neulandverfahren hinzuweisen. Er schuldet allerdings bei lebensgefährlichen Erkrankungen und Erkrankungen mit schwerwiegenden Auswirkungen eine Aufklärung über die Methoden der Schulmedizin³. Auf diese Weise wird dem Patienten die bereits getroffene Methodenwahl nochmals vor Augen geführt und das Handeln des Arztes legitimiert. In allen sonstigen Fällen verlangt das mit der Krankheit verbundene Risiko und das Risiko einer Abweichung von der Schulmedizin⁴ eine solche Aufklärung nicht, wenn der Kranke bewußt einen Verfechter nicht schulgemäßer Heilverfahren aufsucht.

1) Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 87; LK-Hirsch, StGB, Rdn 18 zu § 226 a; s. aber auch Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 125; König JW 1938, 346 Anm. zu RG JW 1937, 3087 Nr. 14 - oben B I 3 - S. 39f

2) Vgl. das Bsp. oben D II 2 b cc (1) (a) (aa) (aaa)=S. 241 und die Entscheidung RG JW 1937, 3087 Nr. 14 - oben B I 3 = S. 39f

3) Vgl. auch Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 125

4) Vgl. dazu oben D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa)=S.117ff und D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

(bbb) Eine weitere Frage ist, ob die Pflicht zur Aufklärung über die Abweichung von der Schulmedizin bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen auch aus psychologisch-therapeutischen Gründen eingeschränkt werden kann. Für medizinische Außenseiter wird eine solche Position, soweit ersichtlich, nirgends vertreten, teilweise wird sie aber für Neulandbehandlungen angenommen¹.

Grundsätzlich ist eine solche Einschränkung der Aufklärungspflicht bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen abzulehnen, da die Aufklärung und die Einwilligung des Kranken hier zur Legitimation des ärztlichen Vorgehens unentbehrlich sind.

Zu berücksichtigen ist aber die Vorschrift des § 41 Nr. 7 AMG. Danach können bei einer klinischen Arzneimittelprüfung zur Bekämpfung einer konkreten Krankheit (§ 41 S.1 AMG) die Aufklärung und die Einwilligung des Kranken in besonders schweren Fällen entfallen, wenn durch die Aufklärung der Behandlungserfolg gefährdet würde und ein entgegenstehender Wille des Kranken nicht erkennbar ist. Aus dem Zusammenspiel von § 41 und § 40 AMG² ergibt sich indes, daß § 41 Nr. 7 AMG nur unter folgender Voraussetzung eingreift: Die wesentlichen Stationen vorklinischer Erprobung des Arzneimittels müssen so erfolgreich abgeschlossen sein, daß der Anerkennung als Schulmedizin nur noch die ausstehenden positiven Resultate klinischer Erprobung entgegenstehen dürfen^{3,4}. Sind diese Anforderungen erfüllt, so ist die im § 41 Nr. 7 AMG enthaltene Wertung auch für

1) Fischer, Medizinische Versuche, S. 59f; Kohlhaas MMW 64, 2281, 2287f; vgl. weiter Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 46f

2) S. dazu genauer oben D II 2 a cc (2) aE. = S. 224f

3) S.o. aaO. Fußn. 2

4) Fischer, Medizinische Versuche, S. 60, verlangt eine sehr dringende Indikation

das allgemeine Strafrecht zu übernehmen und die ärztliche Aufklärungspflicht entsprechend einzuschränken. Es besteht aber kein sachlicher Grund, bei sonstigen Neulandbehandlungen anders zu verfahren, wenn diese - abgesehen von der klinischen Anwendung - soweit wie möglich erprobt sind. Deshalb erstreckt sich die dargestellte Einschränkung der Aufklärungspflicht nicht nur auf Neulandbehandlungen mit Arzneimitteln, sondern auf alle Neulandbehandlungen schlechthin.

Allein unter derart streng begrenzten Voraussetzungen sind somit Einschränkungen der Aufklärungspflicht über die Tatsache der Anwendung einer medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung u. über das Vorgehen der entgegenstehenden Verfahren der Schulmedizin zuzulassen. In allen übrigen Fällen verlangt das Selbstbestimmungsrecht des Kranken unbedingte Beachtung.

(b) Zu klären ist noch, ob die für medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen aufgezeigten Aufklärungspflichten entsprechend für die Verfahren der Schulmedizin gelten und ob der Arzt hier sowohl zur Aufklärung über alternative schulgemäße Behandlungsmethoden als auch zur Aufklärung über von der Schulmedizin abweichende Methoden verpflichtet ist.

Für eine Gleichstellung könnten das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die Garantenpflicht des Arztes sprechen. Aus beiden Gesichtspunkten¹ läßt sich ableiten, daß der Arzt den Kranken über alle ernstlich in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären hat. Zu bedenken ist indes folgendes: Der Patient, der sich in ärztliche Behandlung begibt, vertraut regelmäßig darauf, daß der

1) S. D I 2 a bb (1) (a) = S. 76f und D II 2 b cc (1) = S. 239

Arzt eine erprobte und anerkannte Therapie anwendet¹, sich also auf Verfahren der Schulmedizin stützt. Allein diese haben aufgrund ihres Bestehens in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung die Vermutung der Richtigkeit für sich². Der Arzt darf daher grundsätzlich davon ausgehen, daß der Patient keine Aufklärung über Außenseitermethoden oder Neulandbehandlungen wünscht. Einen entgegenstehenden Willen hat der Patient durch eine Nachfrage ersichtlich zu machen³. Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung des Kranken in den ärztlichen Heileingriff stehen einer solchen Sicht nicht entgegen, weil für das Wissen um die Tragweite des Eingriffs die Kenntnis der anerkannten Methoden genügt. Das gilt angesichts der kaum überschaubaren Risiken nicht schulgemäßer Verfahren sogar dann, wenn nach Auffassung des Arztes die Schulmedizin versagt hat. Was der Arzt in einer derart angespannten psychologisch-therapeutischen Situation unternehmen soll, ist eine Frage des ärztlichen Gewissens und kann nicht durch strafrechtlich sanktionierte Rechtspflichten festgelegt werden.

Der Schulmediziner schuldet also keine Aufklärung über medizinische Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen. Er hat den Patienten jedoch über wesentlich verschiedene schulgemäße Behandlungsverfahren aufzuklären - etwa Operation oder Bestrahlung bei Krebs oder die Möglichkeiten einer operativen oder medikamentösen Behandlung beispielsweise eines Magengeschwürs, wenn diese Behandlungsmethoden im konkreten Fall gleichermaßen in Betracht kommen. Verschiedene schulgemäße Heilmethoden werden für den verständigen Patienten nämlich regelmäßig eine Alternative darstellen.

1) Vgl. Gebauer, Zulässigkeit ärztl. Experimente, S. 40; Kohlhaas, Medizin u. Recht, S. 87

2) S.o. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor aaa = S. 117ff und D II 1 c cc (2) (a) (cc) = S. 141f

3) Vgl. allg. zum Verhältnis Aufklärungslast des Arztes und Fragepflicht des Patienten: Kuhlendahl Dt. Ärztebl. 1978, 1984, 2004f

Sofern die Behandlung ohne Lebensgefahr für den Patienten unterlassen werden kann, ist er hierüber ebenfalls ins Bild zu setzen¹, denn die Möglichkeit eines Unterlassens der Behandlung wird für den Kranken bei seiner Entscheidung in aller Regel erheblich ins Gewicht fallen.

(2) Die Aufklärungspflichten des Arztes über die verschiedenen Therapiemöglichkeiten, besonders über die Aufklärungspflichten bei der Praktizierung medizinischer Außen-seitermethoden und Neulandbehandlungen, sind angemessen wahrzunehmen. Entscheidend ist dabei der Umstand, daß im Rahmen der Aufklärung dem Patienten bewußt gemacht werden muß, daß in seiner Lage nicht eine Behandlungsmethode die ultima ratio ist, sondern daß sie eine durchaus ernstzunehmende Alternative hat². Die vom Arzt geschuldete Aufklärung muß objektiv sachdienlich sein und darf nicht gezielt nur das enthalten, was dem Arzt an Information sinnvoll erscheint³, damit der Patient in die von dem betreffenden Arzt vorgesehene Behandlung einwilligt. Das gilt um so mehr bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen, bei denen durch erweiterte Aufklärungspflichten der Grundsatz "voluntas aegroti suprema lex"⁴ ganz in den Vordergrund tritt. Bei den Verfahren der Schulmedizin gewinnt demgegenüber der Grundsatz "salus aegroti suprema lex"⁵ an Bedeutung, denn hier sind die Anforderungen an die Aufklärung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung deutlich gesenkt, weil die Schulmedizin die für den Strafprozeß unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich hat. Insgesamt besteht eine Wechselwirkung zwischen

1) S. auch oben D II 2 b cc (1) vor (a) - S. 238

2) LG Hannover NJW 1981, 1320, 1321

3) Vgl. Bockelmann NJW 1961, 945, 946; ders., Strafrecht des Arztes, S. 58 - vgl. aber auch Lindemann, Aufklärungspflicht in der Frauenheilkunde, S. 96

4) Vgl. Bockelmann NJW 1961, 945, 946; Gallwas NJW 1976, 1134 - s. auch Rollin Dt. Ärztebl. 1979, 227f

5) Vgl. Hayler, Wandlungen, S. 62; s. auch Roemer JZ 1960, 137, 138, 139

Aufklärungspflicht und Therapiefreiheit¹. Die Erfüllung der objektiven Mindestvoraussetzungen ärztlicher Behandlung unterstellt², ist um so weitergehende Aufklärung erforderlich, je mehr Zweifel an dem Wert einer medizinischen Methode möglich sind und je stärker sich ein Verfahren von der Schulmedizin entfernt. Nur so ist die erforderliche Legitimationsstruktur für ärztliches Verhalten zu schaffen und zu erhalten.

dd) Im Hinblick auf die Aufklärung des Patienten über die Methodenwahl des Arztes stellt sich noch die Frage, ob der Patient insoweit auch auf eine Aufklärung verzichten kann.

(1) In der Rechtsprechung und im ganz überwiegenden Schrifttum ist die Möglichkeit eines Aufklärungsverzichts des Patienten grundsätzlich anerkannt³. Unter einem Aufklärungsverzicht ist dabei die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Patienten zu verstehen, sich kein oder kein vollständig eigenes Bild von den an sich aufklärungsbedürftigen Umständen machen, sondern die Entscheidung insoweit in die Hände des Arztes legen zu wollen⁴. Inwieweit ein Aufklärungsverzicht des Kranken zulässig ist, wird noch darzulegen sein. An die Feststellung des Verzichts sind

1) Vgl. BGH NJW 1978, 587, 588

2) Dazu D II 1 c cc (2) (b) (aa) - (gg) = S. 142-204

3) BGH NJW 1959, 811, 813; Bockelmann NJW 1961, 945, 948; Hagedorn, Entbehrlichkeit, S. 101ff - insbes. S. 105f; Köster, Haftung des Arztes, S. 53; LK-Hirsch, StGB, Rdn 14 zu § 226 a; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 46; - kritisch: Geilen, Einwilligung u. ärztl. Aufklärungspflicht, S. 24-27, insbes. S. 24f, S. 24: Aufklärungsverzicht Fall der sonst nicht zugelassenen gewillkürten Einwilligungsvortretung. - grds. zweifelnd: Prokop, Die ärztl. Aufklärungspflicht, S. 50 (zum Recht der DDR)

4) Hagedorn, Entbehrlichkeit, S. 103; Schwalm MDR 1960, 722, 725

strenge Anforderungen zu stellen¹: Soweit keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Äußerung des Patienten bestehen, ist ein ausdrücklicher Verzicht problemlos zu ermitteln², wesentlich schwieriger ist dies demgegenüber bei einem stillschweigenden Verzicht³.

Der Aufklärungsverzicht muß mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu vereinbaren sein. Daran könnte man zweifeln, weil dem Kranken bei einem Verzicht auf Aufklärung die Tragweite seiner Einwilligung in den ärztlichen Eingriff nicht mehr voll erkennbar ist; fehlt es aus diesem Grund an der Wirksamkeit der Einwilligung, so ist auch die ärztliche Behandlung nicht mehr gerechtfertigt. Bei einem wirksamen Aufklärungsverzicht nimmt der Patient sein Selbstbestimmungsrecht jedoch insoweit wahr, als er in voller Kenntnis über die Bedeutung seines Tuns auf eine Unterrichtung über die Tragweite des ärztlichen Eingriffs verzichtet. Damit wird dem Wertgehalt des Selbstbestimmungsrechtes des Kranken aber hinreichend Rechnung getragen, zumal der Kranke im Rahmen des Möglichen in jeder Phase der ärztlichen Behandlung seinen Aufklärungsverzicht zurücknehmen und eine genaue Information durch den Arzt verlangen kann⁴. Überdies spricht für die Zulässigkeit eines Aufklärungsverzichtes, daß es dem Kranken auf diese Weise ermöglicht wird, in noch näher aufzuzeigenden Grenzen generell in die ärztliche Behandlung einzuwilligen, ohne sich durch das Erfahren medizinischer Einzelheiten beunruhigen zu lassen⁵.

1) BGH NJW 1973, 556, 558; Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 42 aE zu § 223

2) Vgl. Hagedorn, Entbehrlichkeit, S. 103f

3) Vgl. Hagedorn aaO. S. 104f; s. auch Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 46

4) Hagedorn aaO. S. 106

5) Vgl. BGH NJW 1959, 811, 813; 1973, 556, 558; Bockelmann NJW 1961, 945, 948

(2) Im Hinblick auf die Reichweite des Aufklärungsverzichtes muß dieser als unzulässig angesehen werden, soweit der Patient nicht darüber unterrichtet werden will, daß an ihm überhaupt ein Heileingriff vorgenommen werden soll und welche sicheren Folgen dieser haben wird. So muß der Patient wissen, ob er einer Operation unterzogen werden soll bzw. muß er Kenntnis davon haben, daß bei ihm ein künstlicher Darmausgang angelegt werden soll. Dürfte der einwilligungsfähige Patient in dieser Hinsicht auf Aufklärung verzichten, so würde er dem Arzt gewissermaßen "freie Hand" geben und damit zum Objekt ärztlichen Handelns werden. Das ist aber mit der Würde des Menschen, Art. 1 I GG, nicht zu vereinbaren. Ein solches Ergebnis verstieße auch gegen den Wesensgehalt (Art. 19 II GG) des Art. 2 I GG, der das Selbstbestimmungsrecht des Kranken gewährleistet.

Anerkannt werden muß demgegenüber ein Aufklärungsverzicht über die Gefahren und bloß möglichen Folgen des Heileingriffs sowie über den beim Patienten festgestellten Befund. Auf eine Aufklärung über die Art und Weise der Heilbehandlung darf der Kranke insoweit verzichten, als es nicht um die Natur der ärztlichen Maßnahme (Arzneimitteltherapie, Operation, Bestrahlung) geht, sondern um deren spezifische Form (Bekämpfung von Krankheitszuständen durch Psychopharmaka, Placebos, Anwendung vorrangig schmerzstillender Mittel, Anwendung von Kobaltstrahlen usw.). In dem dargestellten Umfang dürfen die Ärzte bei Vorliegen zwingender therapeutischer Erwägungen eigenverantwortlich von einer Aufklärung des Patienten absehen und sich auf den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung stützen¹. Ist hier aber - wenn auch in Ausnahmefällen - eine Aufklärung des Kranken entbehrlich, so muß er konsequenterweise durch einen selbst ausgesprochenen Aufklärungsverzicht

1) S.o. D II 2 b bb = S. 226ff - bes. S. 230

unabhängig von therapeutischen Gründen in den erwähnten Punkten generell auf Aufklärung verzichten können. Wenn der Patient sich selbst eine Beunruhigung durch die Aufklärung ersparen will, so steht dies den von den Ärzten ermittelten zwingenden therapeutischen Gründen gleich. Dieses Ergebnis ist auch mit der Gewährleistung der Würde des Menschen und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vereinbar, weil die eigenverantwortliche Entscheidung des Kranken in ihrem Kernbereich erhalten bleibt.

(3) Fraglich ist jedoch, ob auch ein Aufklärungsverzicht des Patienten über die ärztliche Methodenwahl möglich ist.

(a) Sofern es um die Anwendung der Verfahren der Schulmedizin geht, bestehen hiergegen keine Bedenken¹. Alle Verfahren der Schulmedizin haben nämlich aufgrund ihres Bestehens in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung für den Strafprozeß die unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich. Die praktische Bewährung der schulgemäßen Heilverfahren senkt bei jedem von ihnen das Risiko ihrer Anwendung ganz erheblich. Aus diesen Gründen kann es rechtlich hingenommen werden, daß der Patient auf eine Erläuterung der Vor- und Nachteile der verschiedenen schulgemäßen Behandlungsformen verzichtet und damit nicht in die Abwägung über die Therapiewahl einbezogen wird. Die wirksame Einwilligung des Kranken in die ärztliche Heilbehandlung verlangt insoweit keine genauere Aufklärung. Davon ist auch keine Ausnahme zu machen, wenn es um ärztliche Heileingriffe größerer Tragweite geht, etwa um umfangreiche und besonders gefährliche Operationen. Zunächst ist eine Grenzziehung zwischen schwerwiegenden und weniger schwerwiegenden Heileingriffen kaum möglich. Darüber hinaus ist nicht einzusehen, warum der Patient sich bei schwerwiegenden

1) Vgl. Fischer, Medizinische Versuche, S. 59

Eingriffen nicht ebenfalls eine Beunruhigung durch Erfahrungen medizinischer Einzelheiten ersparen sollte, wenn unterschiedliche schulgemäße Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen. Gerade in diesen Fällen kann es im wohlverstandenen Interesse des Patienten liegen, nicht durch die Kenntnis weiterer medizinischer Fakten in seiner Entscheidung verunsichert zu werden. Auch hier ist es deshalb für eine wirksame Einwilligung des Patienten in den Heileingriff ausreichend, wenn er über die Vornahme und die sicheren Folgen der vorgeschlagenen ärztlichen Maßnahme informiert ist.

(b) Problematisch ist es dagegen, ob ein Verzicht auf die speziellen Aufklärungspflichten bei der Praktizierung von Neulandbehandlungen und Außenseitermethoden¹ als wirksam anzuerkennen ist.

Die oben (S. 252f) berücksichtigte gesetzgeberische Wertung in § 41 Nr. 7 AMG kann hier nicht herangezogen werden, weil sie (mit-)entscheidend auf die Gefährdung des Behandlungserfolges durch die Aufklärung abhebt; maßgeblich sind dort also auch psychologisch-therapeutische Gründe. Der Aufklärungsverzicht beruht demgegenüber allein auf der Willensentscheidung des Patienten.

In der Literatur wird eine Einschränkung der Aufklärungspflicht bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen aufgrund eines Aufklärungsverzichtes nur ganz vereinzelt für Neulandverfahren bejaht². Maßgebliche Voraussetzung dafür soll die Notwendigkeit einer Anwendung des Neulandverfahrens sein³. Neulandverfahren sind jedoch

1) S. dazu D II 2 c cc (1) (a) = S. 240ff

2) Vgl. Oelkers, Ärztl. Aufklärungspflicht - insbes. bei neuart. Medikamenten, S. 91 iVm. S. 47

3) Vgl. Oelkers aaO. S. 91

solche Heilverfahren, die sich noch im Stadium ihrer Erprobung befinden¹. Ihr therapeutischer Wert ist also bislang nicht in genügendem Maße geklärt. Von der Notwendigkeit der Anwendung des Neulandverfahrens kann also nie mit hinreichender Sicherheit gesprochen werden. Damit ist dieses Merkmal aber ungeeignet, einen Maßstab für die Zulässigkeit des Aufklärungsverzichtes zu liefern.

Gegen die Zulässigkeit eines Aufklärungsverzichtes über die Methodenwahl bei der Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen spricht entscheidend, daß diese im Vergleich zur Schulmedizin für den Kranken wesentlich risikoreicher sind². Die Kenntnis dieses Risikos und seine bewußte Inkaufnahme durch den Kranken darf nicht dadurch umgangen werden, daß der Kranke auf eine Aufklärung verzichtet. Er muß vielmehr positive Kenntnis von der Anwendung einer medizinischen Außenseitermethode bzw. Neulandbehandlung und von den Grundzügen alternativer schulgemäßer Behandlung haben, damit eine wirksame Einwilligung in die ärztliche Heilmaßnahme vorliegt. Ein Aufklärungsverzicht kann in dieser Hinsicht also nicht anerkannt werden³.

- c) Bedeutung der nach umfassender Aufklärung erteilten Einwilligung des Patienten in die vom Arzt vorgeschlagene Behandlungsmethode

Eine nähere Betrachtung verdient noch die Frage, welche Bedeutung die nach umfassender Aufklärung erteilte Einwilligung des Patienten in die Anwendung des vom Arzt vorgeschlagenen Behandlungsverfahrens hat.

1) S.o. A I 1 a = S. 1 mit Fußn. 1 und D II 1 c cc (2) (b) (dd) (aaa) = S. 170

2) S.o. D II 1 c bb (1) (c) (bb) vor (aaa) = S. 117ff und D II 1 c cc (2) (a) (bb) = S. 140f

3) Ebenso: Fischer, Medizinische Versuche, S. 59

aa) Insoweit ist in der Literatur - bisher nur für erstmalige Heileingriffe - bestritten worden, daß ihre Vor-
nahme bereits durch das Zusammenspiel von Einwilligung des
entsprechend aufgeklärten Patienten und objektiven Min-
destanforderungen an die Therapie gerechtfertigt sei¹.
Diese Meinung geht davon aus, daß erstmalige Heileingriffe
wegen fehlender Erfahrungen und Kenntnisse der Medizin
niemals objektiv indiziert sein könnten². Die Einwilligung
des Patienten reiche aber zu ihrer Rechtfertigung nicht
aus³. Zum einen bilde hier § 226 a StGB eine Schranke, zum
anderen seien lebensgefährliche erstmalige Heileingriffe
mit § 216 StGB nicht vereinbar⁴. Gegenstand der Einwilli-
gung beim erstmaligen Heileingriff sei nämlich nicht allein
die Handlung, sondern auch ihr potentiell negativer Erfolg.
Aus § 216 StGB ergebe sich jedoch, daß das Rechtsgut Leben
nicht disponibel sei⁵. Um den erstmaligen ärztlichen Heil-
eingriff dennoch zu rechtfertigen, müsse neben die Ein-
willigung des Patienten eine sogenannte Rechtfertigungs-
kumulation treten⁶. Diese bestehe aus der Wahrnehmung eines
berechtigten Interesses durch den Arzt und einer so be-
zeichneten subjektiven Indikation⁷. Zur Wahrnehmung des
berechtigten Interesses soll als wesentliches Merkmal ge-
hören, daß der Arzt ein generell schutzwürdiges Interesse
wie den Fortschritt der Medizin verfolgt⁸. Die subjektive

1) Grahlmann, Heilbehandlung und Heilversuch, S. 6ff, 28ff - Grahlmann beschränkt sich in seiner Darstellung im wesentlichen auf Heileingriffe und betrachtet nicht die ärztliche Heilbehandlung insgesamt

2) Grahlmann aaO. S. 6ff

3) Grahlmann aaO. S. 28ff

4) Grahlmann aaO S. 29ff

5) Grahlmann aaO. S. 30

6) Grahlmann aaO. S. 32ff, insbes. S. 54f

7) Grahlmann aaO. S. 17ff, 32ff, 46ff

8) Grahlmann aaO. S. 38ff

Indikation soll die berechnigte Hoffnung des Arztes für den Patienten, seine Heilabsicht, bedeuten¹.

Diese Auffassung kann aber nicht überzeugen. Für die Ordnungsmäßigkeit der ärztlichen Heilbehandlung ist nur die Beachtung objektiver Sorgfaltsanforderungen sowie die Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten erforderlich. Das ist auch bei erstmaligen Heileingriffen nicht anders. Auch hier lassen sich - wie dargelegt² - objektive Sorgfaltsmaßstäbe entwickeln. Genügt der Arzt diesen Kriterien und liegt eine wirksame Einwilligung des Patienten vor, so ist die ärztliche Heilbehandlung ohne weiteres gerechtfertigt. Verfehlt ist es, wenn die Gegenauffassung bei erstmaligen Heileingriffen die Einwilligung des Patienten - namentlich bei lebensgefährlichen Eingriffen - auf die möglicherweise eintretenden ungünstigen Folgen bezieht und damit insbesondere einen Widerspruch zu § 216 StGB herstellt. Richtigerweise erstreckt sich die Einwilligung des Kranken nur auf die ärztliche Maßnahme selbst und nicht auch auf ihre eventuellen negativen Folgen³. Nur das Vorgehen des Arztes bedarf also der Einwilligung des Patienten, denn bei sachgerechter Tätigkeit des Arztes ist der Ausgang der Behandlung sowohl für ihn als auch für den Kranken ungewiß. Einer Einwilligung in schicksalsmäßig eintretende Folgen bedarf es jedoch nicht. Damit entfällt ein weiteres entscheidendes Argument der Gegenauffassung, die für erstmalige Heileingriffe eine "Rechtfertigungskumulation" fordert. Die Notwendigkeit einer solchen "Rechtfertigungskumulation" besteht also nicht.

1) Grahlmann aaO. S. 17ff, 55

2) S.o. D II 1 c cc (2) (b) = S. 142ff

3) Erdsiek NJW 1959, 807; Korthals, Organtransplantation, S. 59 - anders Beling ZStW 44 (1924), 220, 233: Einwilligung in eventuellen Todeserfolg bei gebotener Behandlung kraft Gewohnheitsrechts zulässig

Die Einwilligung des hinreichend aufgeklärten Patienten sowie die Erfüllung der objektiven Mindestanforderungen ärztlicher Therapie können somit auch erstmalig vorgenommene Heileingriffe rechtfertigen.

bb) Fraglich ist es aber noch, ob die Einwilligung des ordnungsgemäß aufgeklärten Patienten auch ärztliche Behandlungsmethoden rechtfertigen kann, die nicht den objektiven Mindestanforderungen für die ärztliche Therapie genügen. Dafür könnte der hohe Rang des Patientenwillens sprechen. Die Einwilligung des Patienten in die Praktizierung eines Heilverfahrens, das die objektiven Mindestvoraussetzungen für die ärztliche Therapie nicht erfüllt, ist aber aufgrund des § 226 a StGB wirkungslos¹. Wenn das Vorgehen des Arztes den Grundanforderungen nicht entspricht, die unverzichtbar an die Behandlung eines leidenden und hilfsbedürftigen Menschen gestellt werden müssen, so verletzt dieses Vorgehen in derart schwerwiegender Weise die Erwartungen des Patienten und die Pflichten des Arztberufes, daß es als sittenwidrig beurteilt werden muß. Stimmt der Kranke der Anwendung eines solchen Behandlungsverfahrens dennoch zu, so setzt er sich derart deutlich in Widerspruch zu seinem eigenen Interesse an Genesung, daß seine Einwilligung als unbeachtlich anzusehen ist. Gegenstand der auf Aufklärung beruhenden Einwilligung des Patienten kann demgemäß nur die sachgerechte ärztliche Behandlung sein². Das ist aber allein eine solche Behandlung, die im

1) Vgl. oben D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb)ß= S. 152f

2) Vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 61, 68, 85, 99, 102; Korthals, Organtransplantation, S. 59, Liertz/Paffrath, Arztrecht, S. 259; Schulz Kriminalistik 73, 64, 65; - bedenklich die von Sch-Sch-Eser, StGB, Rdn 51 zu § 223 gemachte Einschränkung: War der Patient jedoch mit der unsachgemäßen Behandlungsmethode einverstanden, kann der Eingriff unter Beachtung der Schranken des § 226 a StGB gerechtfertigt sein; ähnlich wie Eser, Ebermayer, Arzt im Recht, S. 124 - anders Ebermayer aaO. S. 117 u. Ebermayer, Zivil- u. strafrechtl. Haftung des Arztes, S. 37

Rahmen des ärztlichen Beurteilungsspielraumes liegt, also den aufgestellten objektiven Mindestanforderungen an die ärztliche Therapie genügt. Weitergehende Wirkungen kann die Einwilligung des ordnungsgemäß aufgeklärten Patienten für die Methodenwahl des Arztes nicht entfalten.

cc) Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Einwilligung des Patienten in die vom Arzt vorgeschlagene Behandlungsmethode nur im Zusammenspiel mit den objektiven Mindestanforderungen an die ärztliche Therapie Bedeutung gewinnt, d.h. die ärztliche Behandlung rechtfertigt; insoweit ist die Einwilligung des Kranken für die Therapiewahl des Arztes erforderlich aber auch genügend.

E) Zusammenfassung

Für die Festlegung der strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit ist zu bestimmen, welchen Bindungen der Arzt bei der Wahl seiner Behandlungsmethode unterliegt.

I) 1) Begrifflich wird fehlerhaftes ärztliches Verhalten, also auch die fehlerhafte Therapiewahl, regelmäßig als Kunstfehler bezeichnet. Der Begriff des Kunstfehlers wurde hier dahin definiert, daß es auf die Außerachtlassung der bei der medizinischen Behandlung objektiv erforderlichen Sorgfalt entsprechend den konkreten Verhältnissen ankommt¹.

2) Die Freiheit des Arztes in der Wahl seiner Therapie bedarf namentlich einer Abgrenzung zum medizinischen Experiment. Beim Experiment steht regelmäßig eine im Allgemeininteresse verfolgte wissenschaftliche Zielsetzung im Vordergrund, demgegenüber ist die Heilbehandlung durch einen konkreten therapeutischen Zweck gekennzeichnet². Der Heilversuch als Bezeichnung für die erstmalige Anwendung und für das Stadium der Erprobung von Heilmethoden gewinnt im Rahmen dieser Arbeit keine Bedeutung als dritte Kategorie zwischen Heilbehandlung und Experiment³.

3) Maßgeblich für die strafrechtlichen Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit sind die objektiven Sorgfaltsanforderungen, die an die Methodenwahl des Arztes zu stellen sind.

1) Vgl. A I 2 b cc (2) = S. 20

2) Vgl. A II 1 a ff = S. 28ff

3) Vgl. A II 2 = S. 34ff

a) Innerhalb der ärztlichen Therapie ist zwischen der Methodenwahl des Arztes und deren Ausführung zu differenzieren. Eine Therapiewahl ist dann gegeben, wenn verschiedene Behandlungsmethoden oder verschiedene Methoden zur Durchführung einer Therapie in Betracht kommen. Die Ausführung einer ärztlichen Therapie liegt vor, wenn sich das Verhalten des Arztes in der Verwirklichung der gewählten Therapie erschöpft¹. Bei der Ausführung der Behandlungsmethode ist dem Arzt kein Spielraum zuzubilligen; hier sind zweckmäßigerweise Fallgruppen zu entwickeln, wann das ärztliche Verhalten als sorgfaltswidrig zu qualifizieren ist². Problematisch ist demgegenüber die rechtliche Erfassung der ärztlichen Methodenwahl.

b) Für seine Methodenwahl ist dem Arzt ein Spielraum einzuräumen³. Eine Bindung an die Schulmedizin bzw. an den Stand der medizinischen Wissenschaft ist zu verneinen, weil diese einen zu starren, mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten und dem medizinischen Fortschritt kaum zu vereinbarenden Maßstab darstellen⁴. Eine Bindung an die laut Sachverständigengutachten im konkreten Fall objektiv beste⁵ bzw. an die als weitaus wirksamste geltende Behandlungsmethode⁶ kommt ebenfalls nicht in Betracht. Beide Kriterien würden zu einer medizinischen Methodenentscheidung vor dem Strafgericht führen. Diese ist aber verfehlt⁷. Der so begründete Spielraum des Arztes läßt sich auch verfassungsrechtlich untermauern⁸.

1) Vgl. D I 2 = S. 64ff

2) Vgl. D I 2 b = S. 85ff

3) Vgl. D I 2 a = S. 66ff

4) Vgl. D I 2 a aa = S. 68ff

5) Vgl. D I 2 a bb = S. 75ff

6) Vgl. D I 2 a cc = S. 81ff

7) Vgl. D I 2 a bb (1) (b) = S. 77ff

8) Vgl. D I 2 a dd (2) = S. 84f

c) Für den ärztlichen Spielraum bei der Methodenwahl sind Prüfungsmaßstäbe zugrunde zu legen¹.

aa) Begrifflich ist der ärztliche Spielraum besser als Beurteilungsspielraum zu bezeichnen, um der Höchstpersönlichkeit der ärztlichen Entscheidung und ihrer beschränkten Nachprüfbarkeit Rechnung zu tragen².

bb) Voraussetzung des ärztlichen Beurteilungsspielraumes sind zunächst eine vollständige Sachverhaltsermittlung durch den behandelnden Arzt und eine umfassende Untersuchung des Patienten³. Weiter muß der Arzt eine ausreichende Sachkunde über die von ihm angewandte Behandlungsmethode besitzen⁴.

Anhänger von Neulandbehandlungen und Außenseitermethoden müssen zudem über die konkurrierenden Verfahren der Schulmedizin informiert sein. Die Schulmedizin hat aufgrund ihres Bestehens in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung die Vermutung der Richtigkeit für sich; diese hat für den Strafprozeß als unwiderleglich zu gelten, um medizinische Meinungsstreitigkeiten vor dem Strafrichter zu verhindern. Namentlich zum Schutze des Patienten hat der Vertreter medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen sein Verfahren deshalb stets mit der Schulmedizin zu vergleichen, zumal er zu einer entsprechenden Aufklärung des Patienten in der Lage sein muß⁵.

1) Vgl. D II = S. 93ff

2) Vgl. D II 1 a-c = S. 93-99

3) Vgl. D II 1 c aa = S. 99ff

4) Vgl. D II 1 c bb = S. 108ff

5) Vgl. D II 1 c bb (1) (c) (bb) (aaa) = S. 119ff
und (bbb) = S. 121ff

Unter der so privilegierten Schulmedizin ist eine solche medizinische Methode zu verstehen, die nach wissenschaftlicher Erprobung auf führenden Kongressen, in führenden Fachzeitschriften und von führenden Fachwissenschaftlern vertreten wird, deren Wert in der medizinischen Wissenschaft nicht überwiegend ausdrücklich und ernsthaft bestritten wird und die keinen grundsätzlichen soziaethischen Bedenken ausgesetzt ist¹.

cc) Der Arzt überschreitet seinen Beurteilungsspielraum, wenn die von ihm gewählte Behandlungsmethode als untauglich anzusehen ist².

Untauglichkeit des Behandlungsverfahrens scheidet von vornherein aus bei der Praktizierung von Verfahren der Schulmedizin³, wie ausgeführt, haben diese aufgrund ihres Bestehens in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung die für den Strafprozeß unwiderlegliche Vermutung der Richtigkeit für sich.

Für die medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen bestehen demgegenüber objektive Mindestvoraussetzungen. Bei ihnen darf zunächst der Heilerfolg der eingeschlagenen Therapie nicht ausgeschlossen sein⁴. Ein Wirksamkeitsnachweis ist für das Behandlungsverfahren allerdings nicht erforderlich, weil er wissenschaftlich exakt kaum zu führen ist und sich auch mit dem Grundsatz "in dubio pro reo" nicht vereinbaren läßt⁵. Weiter muß bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen die

1) D I 2 a aa (1) (a) = S. 68ff

2) Vgl. D II 1 c cc = S. 134ff

3) Vgl. D II 1 c cc (2) (a) = S. 135ff

4) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (aa) (bbb) = S. 151ff

5) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (aa) (aaa) β = S. 146ff

Behandlung abgebrochen werden, wenn ihre Erfolglosigkeit nach Ablauf einer angemessenen Zeit objektiv erkennbar geworden ist¹. Für die Anwendung von Neulandverfahren ist eine hinreichende vorausgehende Erprobung durch Experimente zu verlangen². Darüber hinaus muß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwischen Ziel und Gefahren der praktizierten nicht schulgemäßen Methode gewahrt sein³, der Arzt muß von ihrem Wert überzeugt sein⁴, und es darf nicht als sicher voraussehbar sein, daß das vom Arzt angestrebte Behandlungsergebnis sittenwidrig sein wird⁵. Eines sachlichen Grundes für die Anwendung der medizinischen Außen-seitermethode bzw. Neulandbehandlung bedarf es dagegen nicht⁶.

4) Die objektiven Maßstäbe für die Therapiewahl des Arztes müssen in Beziehung zu seinen Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten gesetzt werden.

a) Die ärztliche Heilbehandlung ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn der Patient seine Einwilligung hierzu erteilt hat⁷. Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist die ausreichende Aufklärung des Kranken.

Die Einwilligung des Patienten ist entbehrlich, wenn dieser hierzu nicht in der Lage ist. Es ist dann auf den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung

1) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (cc) = S. 166ff

2) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (dd) = S. 170ff

3) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (ee) = S. 182ff

4) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (ff) = S. 191ff

5) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (gg) = S. 195ff

6) Vgl. D II 1 c cc (2) (b) (bb) = S. 162ff

7) Vgl. D II 2 a aa = S. 206ff

zurückgreifen¹. Angesichts ihrer Risiken und ihrer im Gegensatz zur Schulmedizin fehlenden Vermutungswirkung kann dieser Rechtfertigungsgrund bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anerkannt werden².

b) Die Aufklärungspflichten über die Methodenwahl sind bei den Methoden der Schulmedizin und den nicht schulgemäßen Behandlungsverfahren unterschiedlich³.

Grundsätzlich ist über alternative Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären⁴.

Bei der Anwendung von Außenseitermethoden und von Neulandbehandlungen ist der Patient über diese Tatsache in Kenntnis zu setzen. Zudem ist er über konkurrierende schulgemäße Behandlungsformen in ihren Grundzügen unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles zu informieren⁵. Nur durch diese erweiterten Aufklärungspflichten läßt sich das erhöhte Risiko der Praktizierung medizinischer Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen legitimieren.

Bei der Anwendung von Schulmedizin hat der Arzt über wesentlich abweichende schulgemäße Verfahren aufzuklären, wenn sie gleichermaßen in Betracht kommen. Über nicht schulgemäße Behandlungsmethoden hat er - im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren - nur auf Nachfrage des Patienten Auskunft zu geben; er darf sonst davon ausgehen, daß der Patient eine schulgemäße Behandlung wünscht und hierauf vertraut⁶.

1) Vgl. D II 2 a cc (2) = S. 220ff

2) Vgl. schon S. 267 unten

3) Vgl. D II 2 b cc = S. 238ff

4) Vgl. D II 2 b cc (1) vor (a) = S. 238ff

5) Vgl. D II 2 b cc (1) (a) (cc) = S. 247ff

6) Vgl. D II 2 b cc (1) (b) = S. 253ff

Ein Aufklärungsverzicht über die Methodenwahl ist bei medizinischen Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen nicht möglich, weil der Kranke das mit ihnen verbundene erhöhte Risiko bewußt auf sich nehmen muß¹.

c) Insgesamt besteht ein Verhältnis der Wechselwirkung zwischen Therapiewahl und Aufklärungspflicht. Die Erfüllung der objektiven Mindestvoraussetzungen ärztlicher Therapie unterstellt, hat der Arzt um so größere Aufklärungspflichten, je weiter er sich von der Schulmedizin entfernt, entsprechend ermäßigen sich seine Pflichten, wenn er sich einer schulgemäßen Behandlung wieder annähert². Die ärztliche Therapiefreiheit ist also eine Frage des Zusammenspiels zwischen objektiven medizinischen Gegebenheiten und Einwilligung des ausreichend aufgeklärten Patienten.

II) Dogmatisch beruht die dargestellte Konzeption zunächst darauf, daß sich eine Methodenentscheidung zwischen verschiedenen Heilverfahren vor dem Strafgericht als verfehlt erweist. Im Vordergrund steht das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Er muß regelmäßig selbst bestimmen, ob er nur einem bestimmten Arzt vertrauen will, eine Methode der Schulmedizin wegen der damit verbundenen Gefahren oder wegen der damit verbundenen dauernden Behinderungen nicht vorgenommen haben möchte usw. Damit der Patient sein Selbstbestimmungsrecht ausüben kann, ist Voraussetzung für seine wirksame Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, daß er im erforderlichen Maße über die Therapiemöglichkeiten aufgeklärt worden ist. Zudem ist die Garantenpflicht des Arztes dahin bestimmt worden, daß er neben der Gewährleistung der objektiven Mindestvoraussetzungen ärztlicher

1) Vgl. D II 2 b dd (3) (b) = S. 259f

2) D II 2 b cc (2) = S. 254f

Therapie den Patienten über alle ernstlich in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären hat¹. Die objektiven Mindestvoraussetzungen der ärztlichen Behandlung, die neben dem so im Vordergrund stehenden Selbstbestimmungsrecht des Kranken erfüllt sein müssen, sind aus § 226 a StGB herzuleiten. Erst wenn die Therapiewahl des Arztes trotz Einwilligung des Patienten als sittenwidrig anzusehen ist, stellt also seine Methodenwahl einen Kunstfehler dar.

III) Dem Strafbarkeitsbereich gemäß §§ 212, 222, 223, 230 StGB wegen verfehlter Therapiewahl des Arztes sind enge Grenzen gesetzt. Dies ist mit den angeführten dogmatischen Erwägungen zu begründen. Die erzielten Ergebnisse stehen dabei im Einklang mit der Forderung, niemals mehr als das ethische Minimum zur rechtlich sanktionierten Verhaltensregel zu machen². Eine sozialfürsorgerische Bevormundung von Arzt und Patient mit Hilfe des Strafrechts wird vermieden.

Die Ergebnisse mögen allerdings teilweise kriminalpolitisch bedenklich erscheinen, weil sie dem Arzt eine zu große Freiheit bei seiner Methodenwahl einräumen. Das gilt insbesondere für die enggefaßten Maßstäbe bei der Festlegung der objektiven Mindestvoraussetzungen ärztlicher Therapie. Mit Hilfe der vorhandenen Strafnormen lassen sich diese Ergebnisse wegen entgegenstehender dogmatischer Gesichtspunkte aber nicht korrigieren. Vielmehr ist der Gesetzgeber aufgerufen, neben den §§ 212, 222, 223, 230 StGB klar gefaßte Tatbestände zu schaffen. So ließe sich - entsprechend dem Vorbild des AMG - an wissenschaftliche Prüfverfahren für alle medizinischen Methoden denken, eventuell auch an einen Wirksamkeitsnachweis. An solche verwaltungsverfahren-

1) S D I 2 a bb (1) (a) = S. 76f und D II 2 b cc (1) vor (a) = S. 239

2) Deutsch, Medizin u. Forschung, S. 51

rensrechtliche Vorschriften könnten sich Strafnormen wie etwa der § 96 Nr. 5 AMG anschließen, der das Inverkehrbringen nicht zugelassener - d.h. nicht auf ihre Wirksamkeit überprüfter (§§ 24, 25 AMG) - Fertigarzneimittel (§ 4 I AMG) unter Strafe stellt. Die §§ 212, 222, 223, 230 StGB sind zu allgemein gefaßt, um derartige rechts- und kriminalpolitische Zielsetzungen im Arztrecht durchzusetzen.

L e b e n s l a u f

Am 30.1.1955 wurde ich als Sohn des Buch- und Kunsthändlers Werner Siebert und seiner Ehefrau Erika Siebert, geb. Schmidt, in Bremen geboren. Ich habe zwei Geschwister, einen älteren Bruder und eine jüngere Schwester. Meine Kindheit sowie die Schulzeit verbrachte ich in Bremen. Nach dem vierjährigen Besuch der Grundschule wechselte ich 1962 auf das Gymnasium an der Hermann-Böse-Straße in Bremen über. In der Oberstufe wählte ich dort den neusprachlichen Zweig. 1974 bestand ich die Reifeprüfung und nahm im Wintersemester 1974/75 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster auf. Zusätzlich studierte ich Spanisch. Während meines Studiums war ich Stipendiat der Studienstiftung des Deutschen Volkes. Am 9.6.1979 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die Erste Juristische Staatsprüfung mit der Note "gut". Vom 1.5.1979 bis zum 31.12.1979 war ich wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Berg- und Energierecht in Münster. Vom 1.1. bis 31.12.1980 übernahm ich die Verwaltung der Stelle eines Vollassistenten am Institut für Kriminalwissenschaften, Abt. 1 (Prof. Dr. Stree) der Universität Münster. In der Zeit zwischen der Ersten Juristischen Staatsprüfung und dem Ende des Jahres 1980 schrieb ich meine Dissertation. Seit dem 1.1.1981 bin ich Gerichtsreferendar im Land Bremen. Daneben bin ich weiterhin als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Kriminalwissenschaften in Münster tätig.

Am 19. April 1982 heiratete ich die Musik- und Religionspädagogin Ingrid Siebert, geb. Hegemann.

